LE

DROIT CIVIL CANADIEN

IV

3/1.

LE

DROIT CIVIL CANADIEN

BASÉ SUR LES

"REPETITIONS ECRITES SUR LE CODE CIVIL"

DE

FREDERIC MOURLON

AVEC

REVUE DE LA JURISPRUDENCE DE NOS TRIBUNAUX

PAR

P.-B. MIGNAULT,

CONSEIL DE LA REINE

Auteur du "Manuel de Droit Parlementaire," du "Code de Procédure Civile Annoté" et du "Droit Paroissial."

TOME QUATRIÈME

CONTENANT, DANS LE TITRE DES DONATIONS ENTRE VIFS ET TESTAMENTAIRES, LES CHAPITRES DES DONATIONS ET DES TESTAMENTS.

MONTRÉAL

C. THÉORET, ÉDITEUR

LIBRAIRIE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

11 et 13, rue St-Jacques

1899

PRÉFACE

Ce quatrième volume du "Droit Civil Canadien" diffère des trois volumes qui l'ont précédé, en ce que—bon ou mauvais—il est tout entier l'œuvre de son auteur. Le lecteur, en le parcourant d'une manière même superficielle, constatera immédiatement la suppression absolue des signes typographiques qui, dans les autres volumes, indiquaient les modifications apportées au texte des "Répétitions écrites." Ici tout étant modifié, ou plutôt rien n'étant reproduit de l'ouvrage de Mourlon, ces indications devenaient inutiles.

Je puis ajouter que ce changement de plan s'imposait dans ce titre où il est question des donations entre vifs et testamentaires. Dans aucune partie du code on ne rencontre en effet de plus profondes différences entre notre droit et le droit français moderne. Les donations entre vifs, dans notre code civil, sont en grande partie régies par les mêmes règles que sous l'ancien droit, alors que ces règles ont été profondément modifiées par le code Napoléon. Les donations testamentaires, au contraire, à cause des changements politiques que le Canada a subis dans la dernière moitié du dix-huitième siècle, et de l'influence du droit testamentaire anglais, ne ressemblent guère à celles que l'ancien droit ne semblait que tolérer et que le droit français moderne assujettit à des entraves plus absolues peut-être que celles du vieux droit coutumier. Depuis un siècle la liberté de tester est absolue en cette province et, sous le rapport des formes testamentaires, notre code s'est inspiré de la législation de l'Angleterre comme de celle de la France. A cet égard, c'est ce qu'on pourrait appeler un droit composite.

J'ai donc cru que le lecteur me pardonnerait de traiter

cette matière d'une manière indépendante. Je n'ai pas besoin d'ajouter que le surcroît de travail a été très considérable. Il m'a fallu remonter aux sources mêmes de notre droit, étudier les monuments de la législation romaine, compulser soigneusement les ordonnances des rois de France, m'assimiler les maximes toutes concises de la coutume de Paris et l'explication beaucoup moins concise de ses nombreux commentateurs. A ce travail s'ajoutait le devoir, très périlleux pour celui qui s'est surtout nourri du droit civil français, de pénétrer dans le dédale du droit testamentaire anglais, afin de saisir, au milieu d'arrêts contradictoires et de subtilités sans nombre, la véritable doctrine de ce droit si différent du nôtre. On comprendra sans peine qu'à raison de ce surcroit de travail la publication de ce volume ait subi un retard que je suis le premier à déplorer, et qui, je l'espère, ne se renouvellera plus.

Mais si j'ai dû faire ce travail seul, je ne me suis pas trouvé sans guides. Je n'avais qu'à consulter les grands ouvrages de Guyot, de Ricard, de Bourjon, de Furgole, de Pothier, dans l'ancien droit, pour trouver des éclaircissements sur la plupart des questions où notre code n'a pas innové. Et dans le droit français moderne, quand j'ai pu m'en inspirer, il y avait l'armée, je pourrais dire, des commentateurs ; les noms que le lecteur rencontrera le plus souvent sont ceux de Demolombe, de Baudry-Lacantinerie et de Huc. Dans le droit testamentaire anglais, j'ai consulté surtout Jarman et Theobald.

Ce volume ne comprend que les chapitres consacrés dans le code civil aux donations entre vifs et aux testaments. Le chapitre des substitutions se placera dans le prochain volume avec le titre *Des obligations ;* je n'aurais pu l'insérer ici sans dépasser de beaucoup les dimensions des volumes qui précèdent. Je reprendrai également dans le cinquième volume le plan que j'ai suivi dans les trois premiers, et c'est pour cette raison que je n'ai pas cru devoir, malgré le changement de plan dont j'ai parlé, modifier le titre de cet ouvrage, lequel, comme ensemble, sera basé sur l'œuvre de Mourlon.

Je ne dois pas terminer cette préface sans exprimer ma

reconnaissance des témoignages trop flatteurs que des juges éminents et des avocats et notaires distingués ont bien voulu accorder à mon ouvrage lors de la publication du dernier catalogue de mon éditeur. Ces témoignages m'encourageront puissamment à continuer et à mener à bon terme—dans la mesure de mes forces—ce premier commentaire de notre droit civil canadien.

P.-B. MIGNAULT.

Montréal, 6 mai 1899.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LE TOME QUATRIÈME

TABLE DES ARRÊTS

CITÉS

EN CE VOLUME (*a*).

A

(*a*) Je supprime dans cette table l'article devant le nom des corporations. Ainsi La Banque du Peuple se trouve dans les " B" et The Canadian Pacific Railway Co., dans les " C."

Pages

F

G

H

I

J

K

L

LE DROIT CIVIL CANADIEN

TITRE DEUXIÈME

DES DONATIONS ENTRE VIFS ET TESTAMENTAIRES

CHAPITRE PREMIER.—Dispositions générales.

§ I—*Des différentes manières dont on peut disposer de ses biens à titre gratuit.*

Dans l'ancien droit, surtout avant l'ordonnance des donations de 1731, on distinguait plusieurs modes de disposer à titre gratuit. Je puis indiquer :

1º La donation entre vifs ;
2º La donation à cause de mort ;
3º La démission de biens ;
4º Le testament, auquel se rattachait le codicille.

Laissant de côté la donation entre vifs et le testament, dont la nature devra être expliquée plus loin, il reste deux genres de dispositions à titre gratuit, la donation à cause de mort et la démission de biens, qu'il nous faut définir au début de ce titre. Nous aurons ensuite à nous demander si ces contrats existent encore.

1º *La donation à cause de mort.*—Cette donation, dans le droit romain et vieux droit français, participait de la nature de la donation entre vifs et du testament. Comme la donation entre vifs, elle était un contrat et requérait, dans l'origine, le concours de deux volontés ; il fallait donc, outre la disposition du donateur, l'acceptation du donataire, et cela du vivant du donateur (*a*), alors que le testament se faisait, comme il se fait encore

(*a*) Il est cependant vrai de dire qu'on n'insistait guère sur l'acceptation dans le dernier état du droit romain. Voy. Troplong, *Donations et testaments*, t. 1er, nº 37. L'acceptation de la donation à cause de mort n'était pas non plus exigée dans l'ancien droit français, et il paraît résulter des termes de notre article 821 qu'elle n'est pas nécessaire aujourd'hui.

par le testateur sans le concours du légataire. Mais, de même que le testament, la donation à cause de mort était révocable par le donateur, tandis que la donation entre vifs était essentiellement irrévocable. De plus, la donation entre vifs comprenait les biens présents ; la donation à cause de mort, au contraire, disposait des biens à venir, de ceux que le testateur laisserait à sa mort, et à ce titre elle pouvait comprendre, soit un bien appartenant actuellement au donateur, mais qui n'était donné qu'à compter de sa mort, soit une portion ou la totalité de sa succession. Dans la donation à cause de mort, le donataire n'acquérait les biens donnés qu'au moment de la mort du donateur ; il s'ensuivait que la donation devenait caduque par le prédécès du donataire, ce qui est le cas du testament, mais non pas de la donation entre vifs. La donation à cause de mort ne dessaisissait pas le donateur qui conservait, pendant sa vie, la propriété de la chose donnée et pouvait même—nous l'avons vu—révoquer la donation. On avait donc raison de dire que, dans la donation entre vifs, le donateur préférait le donataire à lui-même, tandis que dans la donation à cause de mort, il se préférait au donataire et préférait seulement ce dernier à ses héritiers (*a*).

Mais il n'était pas toujours aussi facile de distinguer la donation entre vifs et le testament, de la donation à cause de mort. D'un côté, cette donation se rapprochait parfois tellement du testament qu'elle pouvait se confondre avec lui ; de l'autre, quand elle disposait de biens actuels, il n'était pas toujours facile de dire si le donateur avait entendu donner ces biens dès à présent avec réserve de leur usufruit, ou si la disposition ne prenait effet qu'à sa mort. Les circonstances dans lesquelles la donation avait été faite, de même que la nature de la disposition elle-même, pouvaient faire déclarer telle donation comme faite à cause de mort, bien que ses termes fussent ceux de la donation entre vifs (*b*). Il y avait donc là une source féconde de procès.

Ajoutons que la donation à cause de mort se confondait, dans les pays coutumiers, avec le legs, tandis que, dans les pays de droit écrit, on y avait recours surtout dans le cas du fils de famille qui, incapable de tester, pouvait, au contraire, donner à cause de mort avec la permission de son père (*c*).

(*a*) Nouveau Denisart, v° *Donation*, § II, n° 2.

(*b*) Nouveau Denisart, v° *Donation à cause de mort*, § I, n° 3.

(*c*) Troplong, *loc. cit.*, nos 38, 39.

Tel était l'état de la jurisprudence française lors de la promulgation de l'ordonnance de 1731, dite *Des donations*, œuvre du chancelier d'Aguesseau (*a*). L'article 3 de cette ordonnance portait que toutes donations à cause de mort, à l'exception de celles faites par contrat de mariage, n'auraient aucun effet, dans les pays mêmes où elles étaient expressément autorisées par les lois et les coutumes, que lorsqu'elles seraient faites dans la même forme que les testaments et les codicilles, en sorte qu'il n'y aurait plus que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, dont l'une serait celle des donations entre vifs, et l'autre celle des testaments ou des codicilles. Et l'article 4 de l'ordonnance ajoutait que "toute donation entre " vifs, qui ne serait valable en cette qualité, ne pourra valoir " comme donation, ou disposition à cause de mort, ou testa-" mentaire, de quelque formalité qu'elle soit revêtue."

Après la mise en force de cette ordonnance, on s'est demandé si la donation à cause de mort se trouvait abrogée, et l'opinion qui paraît avoir prévalu (c'était celle de d'Aguesseau lui-même), c'est que l'ordonnance ne retranchait pas l'usage des donations à cause de mort, mais en fixait seulement les formalités extérieures, qu'elle voulait être les mêmes que celles des testaments ou des codicilles (*b*).

Le code Napoléon contient une disposition qui se rapproche un peu de l'article 3 de l'ordonnance de 1731. C'est l'article 893 qui porte qu' "on ne pourra disposer de ses biens, à titre " gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, dans " les formes ci-après établies," et sous cet article la plupart des auteurs modernes sont d'avis que la donation à cause de mort n'existe plus en France (*c*).

(*a*) L'ordonnance des donations n'a pas été enregistrée au greffe du conseil supérieur de Québec et n'a donc jamais, en tant qu'elle a innové au droit préexistant, eu force de loi en ce pays. Voy. mon tome 1er, pp. 17 et 21. Cependant, comme nous le verrons dans la suite de ce titre, les codificateurs se sont inspirés de plusieurs de ses dispositions.

(*b*) Voy. les autorités citées par Coin-Delisle, sur l'art. 893 C. N., n° 2.

(*c*) On ne peut guère signaler le dissentiment que de Toullier, t. 5, n° 10 ; Rolland de Villargues, Répertoire, v° *Donations à cause de mort*, n° 8 ; Duranton, t. 8, n° 7 ; Dalloz, v° *Dispositions entre vifs et testamentaires*, n° 5. Les opinions pour et contre sont indiquées par Sirey et Gilbert sur l'art. 894 C. N., n° 1.

Le code Napoléon (art. 1082 et suiv.) reconnaît bien le droit de donner des biens futurs par contrat de mariage, mais on ne voit là qu'une exception aux principes généraux qui régissent la donation entre vifs. Coin-Delisle, *loc. cit.*, n° 5.

Devons-nous adopter la décision des commentateurs français et dire que la donation à cause de mort n'existe plus dans notre droit ? Je n'attache guère d'importance au fait que notre code reproduit presque textuellement la disposition de l'article 893 du code Napoléon, dans l'article 754 qui est en ces termes : " on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par dona-" tion faite entre vifs ou par testament." En effet cette disposition n'est pas isolée dans notre code comme l'article 893 dans le code Napoléon. Notre article 757, qui n'existe pas dans ce dernier code, porte que " certaines donations peuvent être " faites irrévocablement entre vifs dans un contrat de mariage, " pour n'avoir cependant effet qu'à cause de mort. Elles par-" ticipent de la donation entre vifs et du testament. Il en est " traité en particulier à la section sixième du chapitre deux-" ième de ce titre." Et l'article 758, qui également ne se trouve pas au code Napoléon, ajoute, reproduisant la première partie de l'article 3 de l'ordonnance des donations : " toute donation faite pour n'avoir effet qu'à cause de mort " qui n'est pas valide comme testament ou comme permise en " un contrat de mariage, est nulle."

Au fond ce n'est qu'une question de forme. Que la donation à cause de mort soit une modalité de la donation entre vifs—et tel paraît être le système du code—ou bien qu'elle constitue, comme on le dit en France, une exception à la règle du vieux droit coutumier, *donner et retenir ne vaut*, il faut reconnaître qu'elle est expressément conservée dans notre droit. Sans doute, elle ne peut être consentie comme telle que dans un contrat de mariage ; ailleurs elle se confond avec le legs. Mais puisque le code nous dit qu'elle participe de la donation entre vifs et du testament, il est clair que nous ne pouvons la confondre avec l'un ou l'autre de ces actes (*a*) ; elle exige certaines formes, elle ne peut être faite que dans certains actes, mais son existence même n'est pas douteuse. Nous devons donc la regarder, dans sa nouvelle forme, comme un des modes de disposer à titre gratuit ; comme nous le verrons plus loin, ce n'est plus le contrat essentiellement révocable d'autrefois, le donateur ne peut, après la donation faite dans un contrat de

(*a*) Cependant, quand la donation à cause de mort se fait par contrat de mariage, elle doit revêtir les formes de la donation entre vifs ; dans les autres cas, elle doit nécesairement être faite selon celles du testament.

mariage, disposer à titre gratuit de la chose donnée, mais il peut l'aliéner à titre onéreux (art. 823) (*a*).

2° *La démission de biens.*—Pothier définit la démission de biens un acte par lequel une personne, en anticipant le temps de sa succession, se dépouille de son vivant de l'universalité de ses biens et en saisit d'avance ses héritiers présomptifs, en retenant néanmoins le droit d'y rentrer lorsqu'elle le jugera à propos (*b*). Elle était toujours révocable *ad nutum*, et en cela elle différait de la donation entre vifs ; elle conférait un droit actuel de propriété quoique résoluble, et en cela elle se séparait du testament. Vis-à-vis du démettant, c'était une espèce de donation à cause de mort ; à l'égard du démissionnaire, c'était une saisine actuelle d'une succession future ; par rapport aux tiers, c'était un contrat translatif de propriété (*c*). La démission devait être acceptée, mais l'acceptation pouvait être tacite, par exemple, par la prise de possession du démissionnaire. Elle devait être de l'universalité des biens du démettant et ne pouvait être consentie qu'en faveur des héritiers présomptifs de ce dernier ; à ce titre, elle était révoquée de plein droit par la survenance d'enfants. La révocation de la démission entraînait la résolution des aliénations ou autres charges consenties par le démissionnaire (*d*).

Pothier (*e*) décidait que la démission de biens n'avait pas été abolie par l'ordonnance de 1731, mais on ne la reconnaît plus en France sous le code Napoléon (*f*). D'ailleurs, ce code autorise des actes qui ressemblent à la démission et qu'on appelle partage d'ascendants (art. 1075 C. N.). Dans notre droit, le législateur s'en est expliqué dans l'article 781 qui est en ces termes :

781. " La démission ou le partage actuel des biens présents " sont considérés comme donations entre vifs et sujets aux " règles qui les concernent.

" Les mêmes dispositions ne peuvent être faites à cause de

(*a*) La donation à cause de mort, lorsqu'elle se fait par contrat de mariage, est expliquée en détail dans la section VI du chapitre II de ce titre.

(*b*) Introd. à la cout. d'Orléans, tit. 17, appendice n° 1.

(*c*) Boullenois cité par Troplong, n° 35.

(*d*) Troplong, *loc. cit.*

(*e*) *Loco citato*, n° 2.

(*f*) Troplong, n° 35.

" mort par acte entre vifs, qu'au moyen d'une donation conte-" nue en un contrat de mariage, dont il est traité en la section " sixième du présent chapitre."

On voit donc que la démission de biens se confond avec la donation entre vifs ; elle n'est donc plus révocable. Le deuxième alinéa de notre article se rapporte plutôt à la donation à cause de mort, puisque la démission de biens, nous l'avons vu, avait l'effet de dessaisir immédiatement le démettant.

Concluons donc qu'il y a trois modes de disposer de ses biens :

1º La donation entre vifs ;

2º La donation à cause de mort dans sa nouvelle forme (*a*) ;

3º Le testament.

L'explication sommaire que je viens de donner de la nature de la donation à cause de mort suffira pour le moment ; j'aurai d'ailleurs à y revenir plus loin. Il me reste maintenant à donner une notion générale de la donation et du testament.

§ II—*Définition de la donation entre vifs.*

L'article 755 définit en ces termes la donation entre vifs :

755. " La donation entre vifs est un acte par lequel le dona-" teur se dépouille à titre gratuit de la propriété d'une chose, " en faveur du donataire dont l'acceptation est requise et rend " le contrat parfait. Cette acceptation la rend irrévocable, " sauf les cas prévus par la loi, ou une condition résolutoire " valable " (*b*).

" Un acte..." C'est là une expression inexacte que les

(*a*) J'ai dit qu'on peut regarder la donation à cause de mort comme une modalité de la donation entre vifs.

(*b*) Cette définition a plus d'extension que celle de l'article 894 du code Napoléon. Ce dernier article dit que la donation est un acte par lequel le donateur se dépouille "*actuellement et irrévocablement*" de la chose donnée. Les mots soulignés ne se trouvent pas dans notre article, mais l'irrévocabilité y est indiquée comme un effet de l'acceptation du donataire. D'un autre côté notre article, à la différence de l'article 894 C. N., fait voir que l'irrévocabilité comporte des exceptions et que le contrat peut être soumis à des conditions résolutoires. L'omission du mot "actuellement" est du reste suppléée par la disposition de l'article 777 qui veut que le donateur se dessaisisse *actuellement* de son droit de propriété à la chose donnée." Il est donc vrai de dire que la vieille maxime consignée dans l'art. 273 de la coutume de Paris, "donner et retenir ne vaut," s'applique dans toute sa force ; c'est même la règle fondamentale de ce titre.

codificateurs ont empruntée à l'article 894 du code Napoléon. La donation suppose le concours de deux volontés : celle du donateur qui offre une libéralité, et celle du donataire qui l'accepte. Ce concours créera une obligation ou opérera une translation de propriété. La donation est donc un véritable contrat, ce qui du reste ressort de la rédaction même de notre article qui, après avoir qualifié la donation d'*acte*, ajoute que l'acceptation du donataire rend le *contrat* parfait. La donation est donc régie par les règles qui s'appliquent aux contrats, mais comme c'est un contrat *sui generis*, elle a des règles qui lui sont propres et qui, nous le verrons, font exception quelquefois à celles qui gouvernent les contrats ordinaires.

" Se dépouille..." Les mots " se dépouille *actuellement* " de l'article 894 du code Napoléon ont été regardés comme amphibologiques. Prise à la lettre, en effet, cette expression signifierait que la tradition de la chose donnée est nécessaire pour la validité de la donation, ce qui n'est pas l'idée de la loi. Il n'est nullement nécessaire que le donateur se dépouille actuellement de la possession de la chose ; il peut stipuler que cette chose ne sera remise au donataire qu'après un certain temps, même après la mort du donateur. Dans le cas du testament, le légataire n'acquiert aucun droit du vivant du testateur ; il n'a qu'une simple espérance. Le donataire, au contraire, dès le moment de son acceptation, se trouve investi d'un droit. Il faut que le donateur se dépouille de la chose, car donner et retenir ne vaut ; il en perd la propriété, comme notre article le dit du reste expressément, mais cette perte de propriété peut être consentie sous " une condition résolutoire valable." Ainsi la donation et le transport de la de la propriété peuvent être conditionnels (*a*), et la condition peut être, ou suspensive, ou résolutoire. Dans le premier cas, le donataire n'acquiert pas la propriété de la chose, *pendente conditione ;* toutefois il obtient un droit, imparfait sans doute, et qui peut-être ne se consolidera jamais, mais il transmettra ce droit à ses héritiers à sa mort (art. 1085), et il pourra le protéger par des actes conservatoires. Quand la condition est résolutoire, le donataire acquiert la chose immédiatement, mais son droit de propriété s'évanouira si la condition vient à se réaliser.

L'acceptation rend la donation " irrévocable, sauf les cas prévus par la loi, ou une condition résolutoire valable." L'ar-

---

(*a*) Voy. au surplus l'art. 782.

ticle 894 du code Napoléon dit que le donateur se dépouille *irrévocablement* de la chose donnée. Cette expression également est amphibologique. Elle porterait à conclure que la donation n'est pas valable si elle est faite, je ne dis pas sous une condition potestative de la part du donateur, mais même sous une condition purement casuelle. Comme la rédaction de notre article le démontre, cette irrévocabilité comporte des exceptions. J'aurai à revenir sur cette question des conditions potestatives ou casuelles ; mais je puis dire, dès maintenant, que la condition purement potestative de la part du donateur rend la donation nulle, alors que la condition casuelle doit recevoir tout son effet.

L'article 755 dit encore que l'acceptation du donataire est requise et rend le contrat parfait. En effet, la donation entre vifs étant un contrat, il faut nécessairement le concours des volontés des parties, et la donation ne lierait point le donateur, si le donataire ne venait accepter la libéralité qui lui est offerte. Par son acceptation, le donataire acquiert la chose donnée, et le donateur doit la lui livrer, à moins de stipulation d'usufruit ou autre clause valable. Je puis, à ce propos, indiquer en passant une innovation fort sensée de notre code. Dans l'ancien droit, l'acceptation devait être en terme exprès, car on n'autorisait la donation qu'avec répugnance, et pour cette raison la loi ne présumait pas l'acceptation du donataire, si ce dernier ne s'en était pas expressément expliqué. Il en est encore de même sous le code Napoléon (art. 932 C. N.), et sa disposition illogique et même bizarre a été critiquée avec raison par les commentateurs. S'inspirant de ces critiques, nos codificateurs ont changé la règle du vieux droit français que l'ordonnance de 1731 avait conservée, et désormais l'acceptation du donataire peut être tacite ; elle peut s'inférer de l'acte ou des circonstances, dit l'article 788, et la présence du donataire à l'acte et sa signature sont au nombre des circonstances qui peuvent la faire inférer. Il en est donc de la donation comme des autres contrats.

§ III—*Définition du testament.*

L'article 756 définit le testament en ces termes :

756. " Le testament est un acte de donation à cause de " mort, au moyen duquel le testateur dispose par libéralité, " sans l'intervention de la personne avantagée, du tout ou de " partie de ses biens, pour n'avoir effet qu'après son décès; lequel

" acte il peut toujours révoquer. L'acceptation qu'on en pré-" tendait faire de son vivant est sans effet." (*a*).

" Un acte..." Ici l'expression dont le législateur se sert est exacte, car le testament n'est pas un contrat. Ce n'est que la manifestation d'une seule volonté, celle du testateur.

" Pour n'avoir effet qu'après son décès..." Le légataire n'acquiert du vivant du testateur aucun droit, même conditionnel; il n'a qu'une simple espérance. Donc, s'il meurt avant le testateur, il ne transmettra rien à ses héritiers et le legs sera caduc (art. 900); il ne peut disposer du legs avant le décès du testateur, car il ferait un pacte sur une succession future (art. 1061); il ne peut enfin recourir à des mesures conservatoires pour empêcher le testateur de dissiper ses biens, car il n'y a encore aucun droit.

" De tout ou partie de ses biens..." Le législateur s'en est expliqué ici expressément à cause de la règle contraire du droit romain, d'après laquelle le testament devait comprendre la totalité des biens du testateur. On ne pouvait mourir *partim testatus* et *partim intestatus*. Dans notre droit, au contraire, rien n'empêche qu'on ne laisse des héritiers *ab intestat* en même temps que des héritiers *testamentaires*.

" Lequel acte il peut toujours révoquer..." Puisque le testament est l'œuvre de la seule volonté du testateur, il s'ensuit qu'il n'est pas lié par cette déclaration de volonté. Il peut donc toujours se dédire de la libéralité qu'il avait voulu faire, et le légataire qui n'a rien acquis ne peut s'y opposer. Ainsi, pendant la vie du testateur le testament n'est qu'un projet, qui ne devient définitif que lorsque le testateur est mort sans s'en désister.

Enfin le testament, de même que la donation entre vifs, est un acte solennel dont la validité est soumise à certaines formes.

§ IV—*Différences entre la donation et le testament.*

Il nous sera facile maintenant d'indiquer ces différences.

Nous avons vu que la donation est l'œuvre de deux volontés et qu'elle crée des obligations; c'est un contrat, et elle est sans

(*a*) Citons, à titre de comparaison, la définition plus concise, mais moins compréhensive de l'article 895 du code Napoléon :

" Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le " temps qu'il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut " révoquer."

effet si elle n'est pas acceptée par le donataire. Le testament, au contraire, procède d'une seule volonté, celle du testateur, et ne produit aucune obligation ; c'est un pur acte. L'acceptation du légataire pendant la vie du testateur serait nulle et ne lierait pas le testateur.

La donation entre vifs a son effet immédiatement, bien que le donateur se soit réservé la possession de la chose donnée ; sauf le cas d'une condition suspensive valable, le donataire a acquis cette chose dès le jour du contrat, malgré que sa jouissance en soit remise à une date ultérieure. Le testament ne produit son effet qu'au décès du testateur ; pendant la vie de ce dernier, le légataire n'a qu'une simple espérance, il n'a aucun droit.

La donation de son essence est irrévocable, sauf les exceptions prévues par la loi. Le testament, au contraire, est essentiellement révocable.

Enfin, dans notre droit, la condition impossible ou contraire aux bonnes mœurs, à la loi ou à l'ordre public, rend la donation nulle, tandis qu'elle est censée non écrite dans le testament, dont les dispositions non affectées par cette condition restent valides (art. 760). Nous verrons que cette différence n'existe pas dans le droit français moderne.

§ V—*Des conditions dans les donations et dans les testaments.*

Il ne sera question ici, dans l'étude des exceptions à la règle générale qui permet de donner ou de tester conditionnellement, que des conditions impossibles et des conditions illicites, c'est-à-dire les conditions qui blessent les bonnes mœurs ou l'ordre public ou qui sont contraires à la loi. Je parlerai ailleurs des conditions licites en elles-mêmes, mais qui sont prohibées lorsqu'à raison de leurs termes, elles détruisent la disposition à laquelle elles sont apposées. L'article 760 pose en ces termes la règle générale que les donations et les testaments peuvent être conditionnels et les exceptions que cette règle comporte :

760. " Les donations entre vifs ou testamentaires peuvent " être conditionnelles.

" La condition impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, " aux lois, ou à l'ordre public, dont dépend une donation entre " vifs, est nulle et rend nulle la disposition elle-même comme " dans les autres contrats.

"Dans un testament une telle condition est considérée " comme non écrite et n'annule pas la disposition " (*a*).

La règle générale que les donations et les testaments peuvent être conditionnels, ne souffre aucune difficulté. Le disposant étant libre de donner, peut apposer à sa libéralité toute condition qu'il juge à propos, pourvu que cette condition soit possible, licite, et qu'elle ne détruise pas la disposition elle-même. Il peut suspendre sa libéralité jusqu'à l'arrivée d'un événement futur et incertain, il peut stipuler qu'elle sera résolue si cet événement arrive. Le donataire ou le légataire subira cette condition et ne peut la critiquer ; car il reçoit à titre gratuit, et il ne lui appartient pas de discuter les conditions de la libéralité qu'on lui fait. Si ces conditions lui déplaisent, il peut refuser d'accepter la donation ou le legs.

Les exceptions à cette règle se conçoivent également. Le disposant ne peut profiter de sa libéralité pour exiger l'accomplissement d'une chose impossible, qui est prohibée par la loi, ou qui répugne aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Toutefois il y a, comme on le voit, à distinguer entre la donation entre vifs et la donation testamentaire.

En matière de contrat—et la donation entre vifs étant un contrat tombe sous l'empire de cette règle,—la condition impossible, ou contraire à la loi, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, est non seulement nulle, mais elle vicie l'obligation qui en dépend (art. 1080). On justifie cette règle par deux motifs :

1° Le contrat est l'œuvre commune des parties. Donc chacune d'elles s'est proposée l'accomplissement d'un fait qui répugne à la nature, aux lois, aux bonnes mœurs ou à l'ordre

---

(*a*) Il faut rapprocher de cet article la disposition de l'article 1080 qui se lit ainsi qu'il suit :

1080. " La condition contraire à la loi ou aux bonnes mœurs est nulle " et rend nulle l'obligation qui en dépend.

" L'obligation qu'on fait dépendre de l'exécution ou de l'accomplisse- " ment d'une chose impossible est également nulle."

L'article 1172 du code Napoléon est au même effet que notre article 1080, mais l'article 900 du code français consacre une autre règle quant aux donations entre vifs et testamentaires en portant que "dans toute " disposition entre vifs et testamentaire, les conditions impossibles, celles " qui seront contraires aux lois ou aux bonnes mœurs seront réputées " non écrites." Ce dernier article, en validant dans ces circonstances la donation entre vifs, a innové à l'ancien droit, et cette innovation a été vivement critiquée. Nos codificateurs ont bien fait de préférer l'ancienne règle à celle que le code Napoléon a consacrée.

public. Etant également coupables, il est juste que leur œuvre commune soit détruite.

2° On a craint, si la condition n'était qu'effacée du contrat, sans que l'obligation elle-même fût annulée, que les parties ne se crussent tenues en honneur de l'exécuter (*a*).

Ces raisons ne s'appliquent pas dans le cas d'un testament, car le testament est l'œuvre de la seule volonté du testateur. Le légataire n'a eu aucune part à sa confection et n'a pas donné son consentement aux conditions impossibles ou illicites qu'il peut renfermer. Aussi, dans l'ancien droit, on se contentait d'effacer la condition illégale ou immorale du testament, et on maintenait la disposition comme pure et simple. C'est ce qu'on exprimait dans le droit romain, en disant que ces conditions dans un testament *viciantur et non viciant* (*b*).

Une autre règle, je l'ai dit, est posée par le code Napoléon. S'agit-il d'un contrat à titre onéreux : la condition impossible, illicite ou immorale le rend nul (art. 1172) ; s'agit-il, au contraire, d'un acte à titre gratuit, donation entre vifs ou testament : cette condition est censée non écrite (art. 900). On a justifié cette assimilation de la donation entre vifs au testament en disant que si, dans un contrat ordinaire, les deux parties sont également responsables de toutes les stipulations, c'est qu'elles sont libres de les débattre : car elles se trouvent sur un pied d'égalité. Il n'en est pas ainsi dans les donations ; le donataire y joue un rôle passif et on peut dire qu'il subit, plutôt qu'il n'accepte, une condition dictée par le donateur, comme toutes les autres clauses du contrat (*c*). Il aurait peut-être été plus logique d'annuler indistinctement, dans ce cas, les actes à titre gratuit et à titre onéreux. Quoi qu'il en soit, notre code a suivi le système du droit ancien, lequel s'était inspiré de la tradition romaine.

Mais nous pouvons décider, avec la plupart des auteurs modernes, que le testament sera nul lorsque le testateur a manifesté formellement la volonté d'en subordonner l'efficacité à l'accomplissement de la condition, en faisant de celle-ci la

(*a*) Mourlon, n° 527.

(*b*) Cette doctrine fut combattue par les Proculéens qui tenaient que la condition impossible ou illicite devait entraîner la nullité du testament comme du contrat, mais leur sentiment ne prévalut pas. Cependant Gaius, qui était Sabinien, admettait qu'il ne voyait pas bien la raison de la distinction, et de fait la règle contraire semble plus logique.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, n° 360.

partie principale de la disposition, et de la donation la partie accessoire (*a*).

Les conditions que notre article regarde comme une cause de nullité dans les donations et comme non écrites dans les testaments sont : 1° les conditions *impossibles ;* 2° les conditions *contraires aux bonnes mœurs, aux lois et à l'ordre public*, que je dénommerai conditions *illicites.* Quelques mots d'explications sur chacune de ces catégories.

I. Des conditions impossibles.—" La condition est impossi-" ble," dit M. Huc (t. 6, n° 48), "quand les lois de la nature " s'opposent à ce que l'événement arrive, ou à ce que le fait " envisagé soit presté, et cela d'une manière absolue, c'est-à-" dire pour tout le monde."

Les auteurs du *Nouveau Denisart*, v° *Condition*, § II, n° 3, donnent comme exemples de conditions impossibles celles qui obligeraient le légataire à toucher le ciel du doigt ou à boire toute l'eau de la mer (*b*), et ils ajoutent qu'il est impossible de voir autre chose qu'un jeu dans des dispositions ainsi conçues, car il n'y aurait qu'un insensé qui pût croire à la possibilité de semblables conditions. On peut dire encore qu'une telle disposition pourrait faire naître une présomption d'insanité chez le testateur : et cette insanité étant prouvée, annulerait tout le testament. Du reste, il est permis d'entendre par condition

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie *loco citato supra* ; le même *Donations entre vifs et testamentaires*, n° 73 et suiv.

La cour de cassation, dit M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 360, a une autre manière d'interpréter l'article 900 C. N. Elle ne tient, en principe, aucun compte de la volonté manifestée par le disposant de subordonner l'effet de la disposition à l'accomplissement de la condition. Elle ne se départit de cette rigueur que lorsque la condition illicite est reconnue en fait avoir été la cause *impulsive et déterminante* de la disposition, l'absence d'une cause licite ôtant tout effet à l'obligation. Voy. Cassation, 28 juin 1887, Sirey, 1889. 1. 99 et Dalloz, 1888. 1. 435 ; 29 juillet 1889, Sirey, 1890. 1. 104 et Dalloz, 1890. 1. 396. Voy. aussi Sirey et Gilbert sur l'art. 900 C. N., n° 95.

Les dissidents en France s'appuient surtout sur la loi du 12 septembre 1791 qu'ils prétendent être la source de l'article 900 C. N. Nous n'avons pas à nous occuper de cette loi qui nous est étrangère, et nous devons d'autant plus nous rallier au système enseigné par M. Baudry-Lacantinerie, que c'était le sentiment de Pothier (*Donations*, éd. Bugnet, t. 8, n° 88). Cet auteur dit, en effet, que " ce dont on ne peut douter est que " si le legs, dont le testateur a grevé son héritier, avait été fait dans la " vue qu'aurait eue ce testateur de se mettre au-dessus des lois, et de faire " réussir quelque chose que ces lois défendent, le legs serait nul."

(*b*) Ce sont là les exemples que donnent les jurisconsultes romains.

impossible celle qui est juridiquement impossible, et alors elle se rapproche de la condition illicite (*a*). Ce qui est certain, c'est que l'impossibilité doit être absolue; il ne suffirait pas que la condition fût impossible par rapport au légataire chargé de la remplir. Ainsi, la condition de peindre un tableau ne sera pas censée impossible, pour la raison que le légataire ignore les notions les plus élémentaires de l'art de la peinture (*b*).

II. Des conditions illicites.—J'ai réuni, sous ce titre, les conditions contraires aux lois, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. " Les conditions illégales," dit M. Huc (nº 50), " sont " celles qui sont en opposition avec une loi à laquelle il n'est " pas permis de déroger, parce qu'elle intéresse l'ordre public, " les mœurs ou les bonnes mœurs." Il suit de là que la condition ne sera pas illicite parce qu'elle est contraire à une loi d'intérêt privé, car il est permis de déroger à une telle loi (argument art. 13). Ainsi, soit un legs à un enfant naturel, à la condition qu'il ne recherchera pas son père : cette condition sera censée non écrite, car la recherche de la paternité est d'ordre public. Aux conditions qui sont contraires aux lois d'ordre public ou aux bonnes mœurs, il faut assimiler celles qui blessent les droits naturels de l'homme et du citoyen (*c*).

a. *Conditions contraires à la loi.*—J'ai dit qu'il s'agit ici de lois d'ordre public. Ainsi, un legs fait à un mari à la condition de ne point reprendre sa femme qui a quitté le domicile conjugal (art. 175), ou à un père à la condition d'élever son enfant dans une religion déterminée (*d*). Nous trouvons à ce propos dans notre jurisprudence un arrêt rendu par le juge Mathieu, dans une cause de *Kimpton* v. *The Canadian Pacific Ry. Co.* (M. L. R., 4 S. C., p. 338 et 16 R. L. p 361), prononçant la nullité d'une condition dans une donation entre vifs créant une substitution que ceux-là seuls des petits-enfants du donateur qui professeraient la religion protestante pourraient recueillir les biens substitués, le motif de l'arrêt étant que la liberté de professer une religion quelconque est d'ordre public, aux termes du chapitre 74 des statuts refondus du Canada

---

(*a*) Par exemple, un legs fait à la condition qu'un homme épouserait sa sœur. Ce mariage possible en fait est juridiquement impossible.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, t. 1er, nº 120. Le même, *Précis*, nº 361.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, nº 121.

(*d*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, nº 361.

(voy. aussi l'article 3439 S. R. P. Q.), et que la condition en question était contraire aux dispositions de cette loi.

On se demande en France si la condition de ne point aliéner une chose est nulle, et la jurisprudence s'accorde à la considérer comme contraire à l'ordre public, pour le motif qu'elle peut constituer une substitution (*a*). Ici, les substitutions étant permises, cette condition serait valable. Il en serait autrement si la donation qui contient cette condition était onéreuse, de sorte qu'on pourrait la regarder comme une vente déguisée, car la prohibition d'aliéner la chose vendue ou cédée à titre purement onéreux est nulle (art. 970). Voy. dans ce sens la décision de la cour de revision à Montréal dans la cause de *Grenier* v. *Kerr* (R. J. Q., 3 C. S., p. 409).

On décide également en France que la clause d'insaisissabilité, du moins quand elle s'applique à des immeubles, est nulle (*b*). Cette décision doit être repoussée ici car, aux termes de l'article 599 du code de procédure civile, § 3, les *immeubles* déclarés insaisissables par le donateur ou le testateur ou la loi, et les *sommes* et *objets* donnés ou légués sous la condition d'insaisissabilité, ne peuvent être saisis. Mais j'admettrais ici le même tempérament que dans le cas d'inaliénabilité, et si l'acte, quoique dénommé donation, doit être considéré comme un acte à titre onéreux, la stipulation d'insaisissabilité sera nulle. Voy. dans ce sens la cause de *Vignault* v. *Bone* (19 R. L., p. 185).

Une autre condition qu'on rencontre parfois dans les testaments, c'est que le légataire perdra son legs, s'il demande la nullité du testament. Cette clause pénale est-elle valide ? Tout en admettant que le testateur ne peut ainsi protéger une disposition nulle ou un testament informe, il faut reconnaître la validité de la clause qui doit être exécutée à la rigueur, lorsque le testament lui-même est valide. En d'autres termes, le légataire se pourvoira contre le testament à ses risques et périls ; la disposition est-elle nulle ou le testament informe : le légataire réussira dans sa demande, et le testament étant annulé il ne peut être question de la clause pénale ; au contraire, sa demande est-elle rejetée : le tribunal aura prononcé la validité de la disposition ou la régularité du testament et il n'y aura plus lieu qu'à appliquer la peine (*c*).

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, nº 124.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, ouvrage cité, nºˢ 131 et suiv.

(*c*) MM. Baudry-Lacantinerie, ouvrage cité, nºˢ 135 et suiv., et Huc, t. 6, nº 64.

C'est ce que le conseil privé a jugé dans la cause d'*Evanturel & Evanturel* (*a*) (L. R., 6 P. C., p. 1 ; 20 L. C. J., p. 218 ; 1 Q. L. R. ; p. 74) et le juge Jetté dans celle de *McNamee* v. *Tétrault* (R. J. Q., 4 C. S., p. 203). Dans cette dernière cause, le legs devait être nul si la mère du légataire faisait aucune réclamation contre la succession du testateur ou contestait le testament (*b*).

b. *Conditions contraires aux bonnes mœurs.*—Ces conditions sont moralement impossibles. Suivant le mot de Papinien, *quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec nos facere posse credendum est.* Aux yeux de M. Baudry-Lacantinerie (*c*), la question de savoir si la condition touche aux mœurs est une question de droit ; celle de savoir si elle y est contraire, une question de fait. En effet, comme il s'agit des relations d'homme à homme, les circonstances de chaque espèce et surtout les motifs qui ont dicté la condition, exerceront une influence déterminante sur la solution qu'il faudra adopter. Ainsi, dans la jurisprudence française, on a tantôt maintenu, tantôt annulé la défense de se remarier, celle de se marier sans le consentement d'un tiers. On a maintenu la condition de ne pas se marier sans le consentement de ses ascendants, et même la défense absolue de se marier. La condition d'épouser une personne déterminée a été successivement admise et annulée (*d*).

(*a*) Il y a eu deux causes entre les mêmes parties qui ont été portées toutes deux devant le conseil privé. Il s'agit ici de la seconde.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, ouvrage cité, nos 141 et suiv., admet la validité de la clause par laquelle le testateur imposerait à son héritier l'exécution du legs de la chose d'autrui. Notre article 881 permet expressément cette condition.

(*c*) Ouvrage cité no 174.

(*d*) Voy. les arrêts cités par M. Baudry-Lacantinerie, no 175. Dans une espèce où il s'agissait de la défense absolue de se marier, le motif suivant était invoqué : " que l'âge avancé du légataire, ses infirmités physiques ou intellectuelles, ses difformités, son déshonneur notoire, l'avenir de ses enfants peuvent justifier, dans son unique intérêt, la libéralité qui lui est faite sous la condition de ne pas se marier, parce qu'elle est un moyen de le soustraire à des spéculations honteuses, dont il serait la victime infortunée, à des avidités que la morale repousse." Caen, 16 mars 1875. Dalloz, 1876. 2. 237 ; Sirey, 1875. 2. 143.

La majorité des auteurs en France considèrent, en principe, comme licite la condition de se marier, et comme illicite la condition de ne pas se marier, et telle paraît avoir été la doctrine de l'ancien droit. Mais quant

A été déclarée nulle et non écrite, dans notre jurisprudence, une condition dans un testament qu'un legs fait à une femme ne lui serait dû qu'au cas où elle deviendrait veuve ou qu'elle obtiendrait une séparation de corps et de biens de son mari, de manière que ce dernier n'eût aucun contrôle sur ses biens : *Webster* v. *Kelly*, M. L. R., 7 S. C., p. 25, Davidson, J.

On pourrait citer une infinité d'autres espèces qui sont venues devant les tribunaux français (*a*). Il est clair que la condition de mener une vie honteuse, de commettre une action immorale ou de s'y prêter, serait nulle. Il en serait de même de la condition d'exercer une profession déshonnête. Des cas comme ceux-là ne peuvent donner lieu à aucune difficulté.

c. *Conditions contraires aux droits naturels de l'homme et du citoyen.*— J'ai assimilé ces conditions à celles qui blessent l'ordre public et les bonnes mœurs. Ainsi, seraient nulles la condition de renoncer à ses droits publics ou à l'exercice du suffrage, comme celle qui interdirait à une personne de choisir librement son domicile. Il faut, cependant, dans ce dernier cas, tenir compte des circonstances, du plus ou moins d'importance de la libéralité, car si on arrive à la conclusion que le testateur n'a pas voulu enchaîner la liberté du légataire, que la condition est casuelle, il faudrait la maintenir (*b*).

Remarquons qu'en tout ceci il est question d'une condition dont *dépend* la donation ou le testament ; s'il s'agit d'une donation ou d'un legs fait à la condition que si le donataire ou légataire se marie, ou change de domicile, il aura à payer une somme à quelqu'un que le disposant veut gratifier, ou s'il embrasse telle profession, il aura droit à une bibliothèque qui se rattache à l'exercice de cette profession, la liberté du donataire ou légataire ne sera nullement enchaînée, la condition

---

à la défense de se marier on admet un tempérament, lorsque celui à qui elle est faite, dit Demolombe (t. 18, nº 240), a atteint l'époque de la vie où la société ou la vie n'invite plus au mariage, à moins que le mariage ne soit un devoir de réparation. M. Huc, nº 59, regarde l'une et l'autre de ces conditions comme nulles. A l'égard de la condition de ne point se remarier, ou de viduité, on admettait sa validité dans l'ancien droit, suivant en cela la novelle 22, ch. 43 et 44 de Justinien, et telle est l'opinion de la majorité des commentateurs du code Napoléon, quoique les dissidents soient assez nombreux, entre autres, M. Huc, nº 60. Voy., sur cette question, que je n'ai pas la prétention de traiter au long, les *Pandectes françaises*, vº *Donations et testaments*, nºˢ 394 et suiv.

(*a*) Voy. Sirey et Gilbert sur l'art 900, C. N.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, nº 183, 189 et suiv. Voy. les arrêts qu'il cite.

sera purement causale et sa validité ne souffrira pas de doute.

Ajoutons enfin avec M. Huc (nº 65) que le statut qui règle la validité de la condition est généralement regardé comme personnel, de telle sorte qu'on jugera cette validité, ainsi que la question de savoir si la condition doit être regardée simplement comme non écrite ou si elle doit entraîner la nullité de l'acte, d'après la loi de l'endroit où l'acte a été fait. Il en sera autrement lorsqu'il s'agira de fondations qui sont d'intérêt général et alors le statut sera réel.

§ VI. *De la capacité des parties.*

L'article 759, qui n'existe pas dans le code Napoléon, pose ici une règle générale quant aux donations et aux testaments. Il dit que " les prohibitions et restrictions quant à la capacité " de contracter, d'aliéner ou d'acquérir, établies ailleurs en ce " code, s'appliquent aux donations entre vifs et aux testa- " ments avec les modifications contenues au présent titre."

Le code Napoléon, dans le chapitre II de ce titre, traite cette question de capacité quant aux donations et aux testaments. Notre code en parle séparément. Nous allons donc étudier les règles qui régissent la capacité de donner et de recevoir par donation entre vifs, sauf à résoudre la même question, quant aux testaments, dans le chapitre III.

CHAPITRE II.—Des donations entre vifs.

Section I.—De la capacité de donner et de recevoir par donation entre vifs.

§ I.—*Incapacité de disposer.—Indisponibilité.—Abrogation des réserves coutumières et de l'édit des secondes noces.*

Nous n'avons pas à nous occuper ici de l'indisponibilité. Toute personne capable de disposer de ses biens, peut en faire donation sans égard à la nature de ces biens, pourvu qu'ils soient dans le commerce, ni aux personnes qui bénéficieront de cette donation ou auxquelles elle portera préjudice. Nous n'avons pas dans notre droit une quotité disponible ou indisponible. Il en est autrement dans le droit français moderne. Il y avait également sous l'ancien droit français ce qu'on

appelait la légitime des enfants, dont le père ne pouvait pas disposer, et en outre des dispositions créant une indisponibilité. La liberté de tester avait fait abolir cette réserve ou légitime quant aux testaments, et il était logique de l'abroger dans le cas des donations entre vifs, ce qui a été fait par l'article 775. L'indisponibilité, sous certaines restrictions, peut être créée par le titre de transmission d'une chose; elle n'existe plus en vertu de la loi. Cependant, il sera intéressant de rendre compte de ces réserves coutumières et des prohibitions de l'édit des secondes noces, ainsi que de l'indisponibilité créée par le droit français moderne.

a. *Ancien droit français.—Indisponibilité résultant de la légitime des enfants.*—J'ai dit que cette légitime a été abolie lors de la confection du code civil. L'article 775, qui est de droit nouveau, porte en effet que " les enfants ne peuvent " réclamer aucune portion légitimaire à cause des donations " entre vifs faites par le défunt." Mais obligés qu'ils l'étaient d'énoncer la loi telle qu'elle était alors, les codificateurs nous ont tracé, dans les articles 22 à 29 de leur projet de ce titre, les règles qui régissaient cette légitime sous l'ancien droit. Il suffira de puiser dans ces articles pour se rendre compte de cette cause d'indisponibilité.

L'article 22 du projet définit la légitime en ces termes: " La légitime est un droit qu'a l'enfant de prendre dans la " succession *ab intestat* de ses père et mère ou autres ascen- " dants dont il est l'héritier légal, et subsidiairement à même " les biens dont ils ont disposé par donations entre vifs faites " soit aux enfants, soit à d'autres, la moitié de ce dont il " aurait hérité sans ces donations, ou ce qui est requis pour " compléter cette moitié en sus de ce qu'il est tenu de rap- " porter comme lui ayant été donné ou légué." Cette définition est en grande partie tirée de l'article 298 de la coutume de Paris, mais ce dernier article ajoutait que les dettes et frais funéraires devaient être préalablement déduits de la masse de la succession.

Il ne fallait pas confondre la *légitime* avec la *réserve coutumière*, laquelle—d'après l'article 292 de la coutume de Paris—consistait dans les quatre cinquièmes des héritages propres, les *quatre-quints* comme on disait autrefois. La *réserve* des quatre-quints n'était, aux termes de l'article 292, établie que contre les donations testamentaires; la *légitime*, au contraire, était une cause de réduction à la fois des donations entre vifs et des donations testamentaires. Pour réclamer la réserve,

il fallait se porter héritier, tandis que la qualité d'héritier était incompatible, nous dit Merlin, avec celle de légitimaire (*a*).

J'aurai à m'occuper de la réserve plus loin, dans le chapitre des testaments, et cette remarque sommaire suffira pour le moment.

Aux termes de l'article 23 du projet, les donations es entre futurs époux par leur contrat de mariage n'étaient pas soumises à contribuer à la légitime, à moins qu'elles ne fussent excessives. Cependant, celles faites en un contrat de mariage, pour avoir effet entre vifs, y étaient assujetties, mais les donations à cause de mort et celles qui avaient été confirmées par testament, en étaient exemptées.

L'enfant qui réclamait la légitime devait rapporter à la masse de la succession, pour qu'il fût procédé à l'estimation et au partage, tout ce qu'il avait reçu à titre gratuit par donation ou legs de celui dont il se portait héritier légitimaire. Ce rapport se faisait en nature ou en moins prenant (art. 24 du projet).

La légitime se déterminait en formant une masse des biens restés dans la succession, de ceux qui avaient été rappo[illegible] et des donations qui étaient de nature à y contribuer ; l'[illegible]tion du tout se faisait comme dans le cas d'une succession (*b*). On calculait alors quelle serait la part héréditaire du légitimaire dans cette masse, et sa légitime se composait de la moitié de cette part, moins ce qu'il avait reçu. S'il se trouvait dans la masse des biens qui pussent se partager, le légitimaire avait, pour la part qu'il y pouvait prétendre, droit au partage en nature comme dans une succession ordinaire (art. 25 du projet).

Pour former la légitime ou son supplément, d'après l'article 26 du projet, le légitimaire prenait d'abord jusqu'à concurrence d'une part héréditaire dans les biens restés dans la succession ; et si cette part ne suffisait pas pour former sa légitime, il prenait sur les donations sujettes à contribuer, en commençant par la dernière, et ainsi de suite successivement en remontant aux plus anciennes. On faisait ainsi contribuer les légataires

---

(*a*) Répertoire, v° *Légitime*, sec. II, § II, p. 335. Je dois cependant faire remarquer que cette dernière distinction était controversée, ainsi que Merlin l'admet, *eodem verbo*, sec. II, § I, p. 329.

(*b*) De cette masse on déduisait les dettes, les frais funéraires et autres charges de la succession (Pothier, *Donations*, éd. Bugnet, t. 8 n° 2, 26).

universels et ensuite les légataires particuliers, car les premiers ne sont légataires que de ce qui reste après l'acquittement des legs particuliers. Les légataires contribuaient chacun au sol la livre, car tous les legs n'ayant d'effet que de la mort du testateur, sont censés avoir la même date. Après les légataires particuliers venaient les donataires entre vifs dans l'ordre indiqué (*a*).

Les enfants renonçant à la succession pour s'en tenir à ce qu'ils avaient reçu, ou en faveur d'un cohéritier en particulier, étaient comptés dans le nombre pour établir la légitime. Celui qui renonçait purement et simplement sans avoir rien reçu n'était pas compté (art. 27 du projet).

Il y avait lieu, en matière de légitime, à la garantie mutuelle comme en tout autre partage (art. 28 du projet).

Enfin, la légitime était une cause de résolution même contre les tiers acquéreurs des biens donnés ; ainsi, ils devaient contribuer à la légitime, s'ils n'avaient pas acquis prescription, sauf leurs recours contre le donataire. L'article 29 du projet qui posait cette règle, ajoutait que les tiers-acquéreurs pouvaient conserver les biens en nature, en donnant caution suffisante.

Indisponibilité résultant de l'édit des secondes noces.—L'article 764 porte que " les prohibitions et restrictions des dona- " tions et avantages par un futur conjoint dans le cas de " secondes noces n'ont plus lieu." A ce propos les codificateurs (*b*) s'expriment ainsi qu'il suit : " Un article exposait " les nullités appelées peines des secondes noces, suivant les " deux chefs de l'édit. Ces peines n'étant plus en harmonie " avec les lois ni les idées du temps, il a été proposé de les abolir " pour l'avenir, laissant en force la jurisprudence ancienne " pour le règlement de la donation de part d'enfant lorsqu'elle " aura lieu sous ces termes " (*c*).

Comme l'énonciation du droit alors existant, l'article 11 du projet de ce titre définissait en ces termes ces prohibitions et restrictions :

(*a*) Pothier, ouvrage cité, nº 231.

(*b*) Tome 2, p. 154.

(*c*) Les codificateurs, en effet, avaient ajouté à l'article 764 un deuxième alinéa disant que "la donation de part d'enfant, lorsqu'elle sera faite " comme telle, continuera de se régler conformément aux anciennes lois." Cet alinéa n'a pas été adopté par la législature, de sorte que les parties qui feront une donation de part d'enfant auront à s'expliquer sur ses effets.

" Les donations et avantages faits par celui ou celle qui a un
" ou plusieurs enfants d'un mariage antérieur, à son futur
" conjoint, aux ascendants de ce dernier, ou à ses descendants
" autres que ceux à naître du mariage projeté, sont réductibles
" à une part égale à celle de l'enfant du donateur le moins
" avantagé dans sa succession, en y comptant ce qu'il a reçu
" par donation entre vifs ou par legs.

" Le douaire en usufruit peut cependant aller jusqu'à con-
" currence du douaire coutumier.

" Les futurs époux ne peuvent se donner entre vifs l'un à
" l'autre, ni l'un aux parents de l'autre aux mêmes degrés, ce
" qui leur est advenu de la libéralité d'un époux décédé."

Cette disposition ayant été écartée, il n'est pas nécessaire de l'expliquer. Son origine du reste et les conséquences qu'elle eût entraînées seront plus intelligibles lorsque j'aurai fait connaître ce qu'était l'édit des secondes noces et la nature de ses prohibitions.

L'édit vulgairement appelé *édit des secondes noces* a été promulgué au mois de juillet 1560, sous François II ; c'était l'œuvre du chancelier de l'Hôpital. Son objet était de restreindre, en faveur des enfants que des femmes ont d'un précédent mariage, les libéralités excessives qu'elles feraient aux hommes qu'elles épousent en second et ultérieurs mariages (*a*).

L'édit des secondes noces se divisait en deux chefs. Le premier était en ces termes.

" Ordonnons que femmes veuves, ayant enfant ou enfants,
" ou enfants de leurs enfants, si elles passent à de nouvelles
" noces, ne pourront en quelque façon que ce soit donner de
" leurs biens, meubles, acquets, ou acquis par elles, d'ailleurs
" que de leur premier mari ; ni moins leurs propres, à leurs
" nouveaux maris, père, mère ou enfants des dits maris, ou
" autres personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude
" interposées, plus que l'un de leurs enfants, ou enfants de
" leurs enfants. Et s'il se trouve division inégale de leurs
" biens, faite entre leurs enfants, ou enfants de leurs enfants,
" les donations par elles faites à leurs nouveaux maris, seront
" réduites et mesurées à raison de celui des enfants qui aura
" le moins."

Ce premier chef, on le voit, ne s'appliquait qu'aux biens qui appartenaient à la femme et qu'elle avait acquis ailleurs que de son premier mari. Le second chef de l'édit se rapportait

(*a*) Pothier, *Mariage*, nº 532 ; éd. Bugnet, t. 6, p. 245.

aux biens que la femme devait aux dons et libéralités de son défunt mari (*a*). Il se lit comme suit :

" Au regard des biens à icelles veuves acquis par dons et " libéralités de leurs défunts maris, icelles n'en peuvent et ne " pourront faire part à leur nouveau mari ; ains (*b*) elles " seront tenues les réserver aux enfants communs d'entre " elles et leurs maris, de la libéralité desquels iceux biens " leur seront advenus. Le semblable voulons être gardé ès " biens qui sont venus aux maris par dons et libéralités de " leurs défuntes femmes, tellement qu'ils n'en pourront faire " don à leurs secondes femmes ; mais seront tenus les réserver " aux enfants qu'ils auront eus de leurs premières."

La coutume de Paris, par son article 279, ajouté lors de la réformation de cette coutume, apporta l'extension suivante à l'édit des secondes noces :

" Femme convolant en secondes ou autres noces, ayant " enfants, ne peut avantager son second mari de ses propres " et acquets, plus que l'un de ses enfants. Et quant aux con- " quets faits avec ses précédents maris, n'en peut disposer " aucunement au préjudice des portions dont les enfants des " dits premiers mariages pourraient amender de leur mère. " Et néanmoins succèdent les enfants des subséquents mariages " aux dits conquets avec les enfants des dits mariages précé- " dents, également venant à la succession de leur mère. Comme " aussi les enfants des précédents lits succèdent pour leurs " parts et portions aux conquets faits pendant et constant " les subséquents mariages. Toutefois si le dit mariage est " dissolu, ou que les enfants du précédent mariage décèdent, " elle en peut disposer comme de sa chose."

Le but de cette extension de l'édit, c'était d'empêcher la femme qui se remariait de disposer de sa part de communauté dans le premier mariage, au préjudice des enfants qui étaient issus de ce mariage.

Pour résumer, en deux mots, les dispositions de l'édit, le premier chef empêchait l'époux qui se remariait (*c*) de donner à

(*a*) Ces deux chefs de l'édit des secondes noces s'inspiraient du droit romain, le premier chef étant tiré de la loi *Hâc edictali*, 6 *Cod. de Secundis nuptiis* ; le second, de la constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, en la loi *Fœminæ*, 3 *Cod. de Secundis nuptiis*. Pothier, *Mariage*, nos 533 et 604.

(*b*) Ce vieux mot signifiait *mais*.

(*c*) Bien que ce premier chef ne parle que de la femme, on s'accordait à étendre sa disposition à l'homme qui se remariait (Pothier, *Mariage*, no 537), et c'est en ce sens que l'article 11 de ce titre a été rédigé.

son nouveau conjoint, des biens qui lui appartenaient en propre, plus que la part de l'enfant le moins prenant du donateur, et s'il dépassait cette mesure, il y avait lieu à l'action en réduction. Le donateur, cependant, pouvait donner ses biens à tout autre que son deuxième conjoint ou personnes censées interposées. Le second chef créait une espèce de substitution en faveur des enfants du premier mariage, eu égard aux biens que la femme avait acquis par la libéralité de son premier mari. Enfin, l'article 279 de la coutume de Paris formulait, en faveur des enfants du premier lit, une défense d'aliéner, quant à la part de la communauté que la femme devait à son premier mariage ; il ne créait pas de substitution, et si le second mariage était dissous, ou si les enfants du premier lit étaient tous décédés, la femme pouvait disposer de cette part de communauté comme de sa chose.

Cet aperçu général des dispositions de l'édit des secondes noces suffira pour faire comprendre l'espèce d'indisponibilité qui en résultait. Cet édit avait déjà été abrogé quant aux testaments par suite de la concession de la liberté de tester (*a*), et les codificateurs en ont ici fait disparaître les derniers vestiges. Cette abrogation complète de l'édit des secondes noces n'est guère à regretter, car, comme les codificateurs le disent, cet édit n'était plus en harmonie avec les lois et les idées du temps, et il se soulevait sous ses dispositions des questions et des discussions dont nous sommes fort heureusement débarrassés.

b *Droit français moderne.*—L'indisponibilité résulte en France : 1° De dispositions législatives réglant la portion des biens dont on peut disposer à l'égard de ses successibles, soit par donation, soit par testament ; 2° De dispositions qui limitent le droit de disposer entre époux et en faveur d'enfants de mariages subséquents. Je dois, pour compléter cette étude de l'indisponibilité dans l'ancien droit et dans le droit français moderne, rapporter ces dispositions, mais je me restreindrai à celles qui sont indispensables pour l'intelligence des grandes lignes du sujet.

(*a*) On ne saurait douter de cette abrogation quant aux testaments. Voy. l'art. 831 et les dispositions statutaires qui l'ont précédé ; le *dictum* de feu le juge en chef Lafontaine dans *Quintin dit Dubois & Girard* (8 L. C. R., p. 322) et dans *Blanchet & Blanchet* (11 L. C. R., p. 216) sur les effets du statut de 1801 ; l'opinion de feu le juge Fournier dans *Pilon & Brunet* (5 *Supreme Court* Repts, p. 318) ; et les rapports des codificateurs. t. 2, pp. 152 et 154.

Quotité disponible quant aux successibles du disposant.— Cette quotité est :

1º De la moitié lorsque le disposant ne laisse à son décès qu'un enfant légitime ;

2º Du tiers s'il en laisse deux ;

3º Du quart s'il en laisse trois ou un plus grand nombre (art. 913, C. N.).

Par *enfant*, on comprend les descendants ; cependant ces derniers ne comptent que pour l'enfant qu'ils représentent dans la succession du disposant (art. 914 C. N.).

La faculté de disposer est encore limitée si, à défaut d'enfant, le disposant laisse des ascendants. Elle s'étend alors :

1º A la moitié des biens si le disposant laisse des ascendants dans les deux lignes paternelle et maternelle ;

2º Aux trois quarts s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne.

Les ascendants recueillent les biens réservés dans l'ordre où la loi les appelle à succéder (art. 915 C. N).

Enfin, à défaut d'ascendants et de descendants, la faculté de disposer est illimitée (art. 916 C. N.). Remarquons que la quotité disponible peut être donnée ou léguée aux successibles, avec dispense de rapport (article 919) (*a*).

La disposition qui dépasse la quotité disponible, donne à l'héritier réservataire, lors de l'ouverture de la succession, une action en réduction (art 920 C. N.). Cette réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existants au décès du disposant. On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé par donations entre vifs, d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au décès du donateur. On calcule sur tous ces biens, après en avoir déduit les dettes, quelle est, eu égard à la qualité des héritiers que laisse le disposant, la quotité dont il a pu disposer (art. 922 C. N.). On ne réduit jamais les donations entre vifs qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires, et alors la réduction se fait en commençant par la dernière donation et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes (art. 923 C. N.). On permet cependant au successible donataire de retenir, sur les biens donnés, la valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier, dans les biens non

---

(*a*) Il y a des dispositions assez compliquées quant aux rentes qu'il n'est pas nécessaire de reproduire ici.

disponibles, s'ils sont de même nature (art. 924 C. N.). Les dispositions testamentaires sont caduques quand les donations entre vifs épuisent ou excèdent la quotité disponible (art. 925 C. N.). Lorsque les dispositions testamentaires excèdent, soit la quotité disponible, soit la portion de cette quotité qui resterait après déduction de la valeur des donations, la réduction se fait au marc le franc, sans aucune distinction entre les legs universels et les legs particuliers; sauf toutefois le cas où le testateur déclare expressément qu'il entend que tel legs soit acquitté de préférence aux autres, et alors ce legs n'est réduit qu'autant que la valeur des autres ne remplit pas la réserve légale (art. 926, 927 C. N.). Le donataire restitue les fruits de ce qui excède la portion disponible à compter du jour du décès du donateur, si la demande en déduction est faite dans l'année ; sinon, du jour de la demande (art. 928 C. N.). Les immeubles sont recouvrés sans charge des dettes ou hypothèques créées par le donataire, et l'action en réduction peut être exercée contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, de la même manière et dans le même ordre que contre les donataires eux-mêmes et sauf discussion préalable de leurs biens ; cette action est exercée suivant l'ordre des dates des aliénations en commençant par la plus récente (art. 929, 930 C. N.).

Quotité disponible entre époux ou quant aux enfants de mariages subséquents. Le code Napoléon (art. 1091-1093), comme notre code, reconnaît aux époux le droit de se faire des donations par contrat de mariage ; mais il diffère de notre législation en permettant ces donations pendant le mariage. Aux termes de l'article 1094 du code français, l'époux peut, pour le cas où il ne laissera pas d'enfants, ni descendants, disposer, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et, en outre, de l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers. Et pour le cas où il laisserait des enfants ou descendants, il peut donner à l'autre époux un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. Nous trouvons ensuite une disposition (l'art. 1098) qui s'est inspirée de l'édit des secondes noces. Elle porte que l'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et que dans aucun cas ces donations ne peuvent excéder le quart des biens.

§ II.—*Généralités sur l'incapacité.—Classement des personnes incapables.*

La capacité est la règle, l'incapacité l'exception. " Toutes personnes capables de disposer librement de leurs biens," dit l'article 761, " peuvent le faire par donation entre vifs, " sauf les exceptions établies par la loi " (*a*). Ainsi toutes personnes sont capables de donner et de recevoir par donation entre vifs, sauf celles qui sont déclarées incapables par une disposition expresse de la loi. Nous aurons donc à nous demander, non pas quelles personnes sont capables de donner, mais quelles personnes ne le sont pas.

Il y a des incapacités de *donner* et des incapacités de *recevoir*. Les unes et les autres sont *absolues* ou *relatives : absolues*, lorsqu'elles ne résultent pas des relations existantes entre celui qui donne et celui qui reçoit ; *relatives*, lorsque c'est à raison de ces relations que l'incapacité est décrétée. Ainsi, tombent sons le coup d'une incapacité *absolue*, ceux qui ne peuvent donner leurs biens à qui que ce soit, ou qui ne peuvent recevoir de personne ; d'une incapacité *relative*, ceux qui, ayant la capacité générale de donner, ne peuvent pas donner à certaines personnes déterminées.

L'incapacité *relative* de donner est toujours corrélative à l'incapacité *relative* de recevoir, et réciproquement : car toute incapacité *relative* de donner implique nécessairement *chez une autre personne*, l'incapacité *relative* de recevoir, et *vice versâ*. Il y a là deux idées dont l'une ne peut exister sans l'autre. Si, par exemple, le mineur devenu majeur ne peut donner entre vifs à son ancien tuteur, pendant que l'administration de ce dernier se continue de fait et jusqu'à ce qu'il ait rendu compte, c'est que le tuteur, dans les circonstances, est incapable de recevoir de son ancien pupille (art. 767). Si les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent pas recevoir par donation de leur père ou mère autre chose que des aliments, c'est que leur père ou leur mère est incapable de leur faire d'autres donations.

Mais la personne frappée d'une incapacité relative de *donner* n'est pas, par cela même, frappée de l'incapacité relative de

---

(*a*) Cet article est au même effet que l'article 902 du code Napoléon, sauf que ce dernier article envisage également le cas des testaments. Notre code, je l'ai dit, traite séparément la question de capacité quant aux donations et quant aux testaments.

recevoir de la personne qu'elle ne peut pas gratifier ; et, réciproquement, la personne frappée d'une incapacité relative de *recevoir*, peut très bien gratifier la personne qui ne peut rien lui *donner*. Ainsi le mineur devenu majeur qui ne peut pas, dans les circonstances que j'ai précisées, donner à son ancien tuteur, peut très bien recevoir une donation de lui. L'enfant adultérin ou incestueux, incapable de recevoir de son père, par donation, autre chose que des aliments, peut néanmoins lui donner tous ses biens (*a*).

§ III. *De l'incapacité absolue de donner.*

Sont frappés de l'incapacité absolue de donner : 1° Ceux qui ne sont pas sains d'esprit ; 2° les mineurs, sauf par contrat de mariage ; 3° les interdits ; 4° les femmes mariées non autorisées ; 5° les personnes mortes civilement ; 6° les corporations sous certaines restrictions ; 7° les personnes atteintes d'une maladie réputée mortelle.

I. Des personnes qui ne sont pas saines d'esprit.—Le code Napoléon a une disposition expresse (l'art. 901) qui n'existe pas dans notre code et qui porte que " pour faire une donation " entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit." Cet article a donné lieu à quelques difficultés. On s'est demandé si le législateur avait voulu poser, en matière de donations et testaments, une règle différente de celle qu'il avait formulée aux articles 502, 503 et 504, au titre de l'interdiction, et spécialement s'il fallait voir dans l'article 901 une exception à la règle de l'article 504 du code Napoléon, qui veut qu'après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne puissent être attaqués pour cause de démence, qu'autant que son interdiction aura été prononcée ou provoquée avant son décès, à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué (*b*).

On enseigne que l'article 504 ne s'applique pas à une donation ou à un testament (*c*) et on paraît être d'avis que l'art.

(*a*) Sauf les exemples, j'emprunte cette dissertation à Mourlon, nos 531 et suiv..

(*b*) Cet article n'existe pas dans notre code. Voy. ce que j'en ai dit en mon tome 2, p. 301.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 368 ; Sirey et Gilbert sur l'art. 901, n° 1.

901 envisage le cas où le donateur ou testateur se trouve momentanément privé de la raison, hypothèse qui diffère de celle des articles 502 et 503 (*a*).

Quoi qu'il en soit, l'omission de l'article 901 dans notre code est une preuve non équivoque de l'intention du législateur d'appliquer, en matière de donations entre vifs, les règles ordinaires quant à la capacité de contracter. Il est vrai que lorsqu'il s'agit des testaments, le code exige que le testateur soit sain d'esprit (art. 831), mais, comme nous le verrons, même dans ce cas les règles ordinaires ont leur application.

Donc, si le donateur, dès avant la donation, avait été interdit pour imbécillité, démence ou fureur, la donation sera nulle (art. 334). Il suffira de prouver cette interdiction et la présomption légale qui en résulte sera irrésistible et irréfutable. Si l'interdiction est subséquente à la donation, le demandeur en nullité devra apporter la preuve que les causes de l'interdiction existaient notoirement à cette époque. Indépendamment de toute interdiction, la donation sera annulée si l'on fait voir que le donateur, lorsqu'il l'a consentie, souffrait d'une aberration temporaire causée par maladie, accident, ivresse ou autre cause, ou qu'à raison de la faiblesse de son esprit, il était incapable de donner un consentement valable (art. 986).

II. Des mineurs.—L'incapacité des mineurs est écrite dans le premier alinéa de l'article 763 qui dit que " le mineur ne " peut donner entre vifs, même avec l'assistance de son tuteur, " si ce n'est par son contrat de mariage, tel que pourvu au " titre *Des obligations* " (*b*).

C'est ce que nous avons dit ailleurs (t. 2, p. 235). Le patrimoine du mineur doit être conservé; or, autoriser des donations, ce serait lui donner le moyen le plus sûr de le dissiper, et cela à un âge où il manque la fois d'expérience et de jugement.

Il ne peut donner même avec l'assistance de son tuteur, et il va sans dire que l'autorisation judiciaire ne saurait suppléer à son défaut de capacité. A plus forte raison le tuteur ne peut donner au nom de son pupille, car il a pour devoir de veiller à la conservation des biens de ce pupille. " Le tuteur, " le curateur, et autres qui administrent pour autrui," dit le

---

(*a*) Mourlon, n° 537.

(*b*) Ce renvoi pourrait plutôt se faire au titre *Des conventions matrimoniales* où l'article 1267 formule une règle plus précise que celle de l'article 1006 au titre *Des obligations*.

troisième alinéa de l'article 763, " ne peuvent donner les biens " qui leur sont confiés, excepté des choses modiques, dans " l'intérêt de leur charge." Ce tempérament est raisonnable, car on peut dire que de menus dons, tels que gratifications aux domestiques, cadeaux à des précepteurs, sont moralement obligatoires. On enseigne même que le tuteur n'a, pour les faire, besoin d'aucune autorisation (*a*).

Le mineur, cependant, ai-je dit, peut faire des donations par contrat de mariage. Il faut qu'il soit habile à contracter mariage et alors, pourvu qu'il soit assisté de son tuteur, s'il en a un, et des autres personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité de son mariage, il peut donner à son futur époux, ainsi qu'aux enfants à naître du mariage. L'art. 1267 qui pose cette règle, ajoute que les avantages que le mineur fait par son contrat de mariage en faveur des tiers, suivent les règles applicables aux mineurs en général.

L'émancipation du mineur ne met fin à cette incapacité que quant aux meubles, et encore faut-il que ces donations n'affectent pas notablement sa fortune ; à l'égard des immeubles, son incapacité reste entière. Le deuxième alinéa de l'article 763 porte en effet que " le mineur émancipé peut cependant donner " des choses mobilières, suivant son état et sa fortune et sans " affecter notablement ses capitaux." On ne lui reconnaît même pas ce droit en France (*b*). L'art. 272 de la coutume de Paris exigeait que le mineur émancipé fût âgé de vingt ans ; notre code ne reproduit pas cette distinction.

III. Des interdits.—Si l'interdiction est pour cause d'imbécillité, démence ou fureur, la nullité de la donation ne souffre pas de doute (art. 334). Si c'est une interdiction pour prodigalité, la donation sera nulle en principe, car cette interdiction a pour but la conservation des biens du prodigue et la donation les dissipe. Mais là, le préjudice étant la cause de la nullité, il semblerait qu'une donation mobilière de peu de valeur et faite dans l'intérêt bien entendu du prodigue ne devrait pas être mise de côté. Le curateur du prodigue pourrait la faire ainsi que le mineur émancipé (art. 763, §§ 2 et 3), et le prodigue lui-même devrait avoir le même droit. L'incapacité de celui auquel a été donné un conseil judiciaire est la

(*a*) Voy. mon tome 2, p. 235.

(*b*) Voy. Sirey et Gilbert, sur les art. 903 et 904 C. N. Ils citent toutefois Taulier, t. 4, pp. 27 et 28, comme permettant la donation de meubles autres que les capitaux du mineur.

même que celle du prodigue lorsque ce conseil ne l'assiste pas (art. 334). L'assistance du conseil semblerait lever l'objection d'incapacité (art. 351).

IV. Des femmes mariées.—" La nécessité pour la femme " d'être autorisée de son mari," dit le quatrième alinéa de l'article 763, " s'applique aux donations entre vifs, tant pour " donner que pour accepter." Ce n'est là que l'application de la règle de l'article 177 qui porte que " la femme, même non " commune, ne peut donner ou accepter, aliéner ou disposer " entre vifs, ni autrement contracter, ni s'obliger, sans le " concours du mari dans l'acte, ou son consentement par " écrit...." J'ai indiqué en mon tome 1er, p. 507, la raison de l'incapacité de la femme ; c'est l'obéissance qu'elle doit à son mari, c'est la sanction de l'autorité maritale qui est telle que le mari même ne peut, par une autorisation subséquente, faire disparaître la cause de nullité qui résulte du défaut de son autorisation.

Donc la femme non autorisée ne peut donner entre vifs (*a*). Même les auteurs qui ne font pas prévaloir sur l'article 177, la disposition de l'article 1318 (copie de l'article 1449 du code Napoléon), qui porte que la femme séparée de biens reprend la libre administration de ses biens et qu'elle peut *disposer* de son mobilier et l'*aliéner*, reconnaissent que cet article ne doit pas s'entendre d'une disposition ou aliénation *à titre gratuit*, car donner, c'est *perdre*, et si la femme séparée de biens peut *aliéner* son mobilier, disent-ils, ce n'est qu'à titre d'*administration*, c'est-à-dire qu'autant que l'aliénation est utile ou nécessaire (*b*).

Quand la femme est autorisée de son mari, elle a une capacité pleine et entière, si d'ailleurs elle n'est pas mineure ou interdite. La donation vaut donc à l'égard de tout le monde, et le mari perd les droits que la loi ou son contrat de mariage lui conférait sur la chose donnée. Si, au contraire, elle ne donne qu'avec l'autorisation de la justice, cette autorisation n'enlèvera pas au mari le droit qu'il pouvait avoir sur la

(*a*) Si elle peut tester sans l'autorisation de son mari (art. 184), c'est que son testament prend effet à un moment où la puissance maritale a cessé par la dissolution du mariage.

(*b*) Mourlon, nº 547.

J'ai dit en mon tome 1er, p. 521 et suiv., adoptant la doctrine exposée dans la cause de *Lamontagne* v. *Lamontagne* (M. L. R., 7 S. C., p. 162), que c'est au contraire l'article 177 qui doit prévaloir.

chose qui fait l'objet de la donation. Soit donc un immeuble dont le mari avait la jouissance : la donation qu'en fera la femme avec l'autorisation du juge ne vaudra, à l'égard du mari, que pour la nue propriété (*a*).

Il est presque superflu d'ajouter que la donation faite par la femme non autorisée est nulle de nullité radicale, le défaut d'autorisation comportant, suivant l'expression énergique de l'article 183, " une nullité que rien ne peut couvrir." Ainsi, l'autorisation subséquente du mari ou sa ratification sera sans effet (voy. mon tome 1er, p. 534).

Quant aux formes de l'autorisation, disons qu'elle n'est pas sacramentelle ; elle peut même être tacite, mais la seule circonstance qui la fera présumer, c'est le concours du mari dans l'acte (art. 177). Elle peut également précéder l'acte, sauf le droit du mari de la retirer, tant que la donation n'a pas été faite.

Dans la cause de *Hart & Joseph* (M. L. R., 6 Q. B., p. 301), la cour d'appel a jugé que la réduction du taux de l'intérêt sur une créance hypothécaire, n'est pas un acte qui concerne l'administration de ses biens que la femme séparée de biens peut faire sans l'autorisation de son mari, mais constitue une véritable donation qui est nulle à défaut d'autorisation maritale.

V. Des personnes mortes civilement.—Leur incapacité de donner est écrite à l'alinéa 2 de l'article 36 (voy. mon tome 1er, p. 157).

VI. Des corporations.—Il faut distinguer les corporations publiques des corporations privées, car l'incapacité est plus ou moins étendue suivant la nature de la corporation. A ce propos les alinéas 5 et 6 de l'article 763 posent les règles suivantes :

" Les corporations publiques, même celles qui ont pouvoir " d'aliéner, outre les dispositions spéciales et les formalités " qui peuvent les concerner, ne peuvent donner gratuitement " qu'avec l'assentiment de l'autorité dont elles dépendent et " du corps principal des intéressés ; ceux qui administrent " pour les corporations en général peuvent cependant donner " seuls dans les limites ci-dessus réglées quant aux tuteurs et " curateurs.

" Les corporations privées peuvent donner entre vifs comme " les particuliers, avec l'assentiment du corps principal des " intéressés."

J'ai expliqué, en mon tome 2, pp. 357 et suiv., les incapacités

(*a*) Voy. mon tome 1er, p. 547.

générales des corporations ; il me suffira d'y renvoyer. Celle de donner doit être considérée comme plus absolue, si possible, que l'incapacité d'aliéner à titre onéreux, car l'utilité de la donation pourra rarement être invoquée. Toutefois, pour des motifs d'utilité publique, la loi permet aux corporations municipales de faire des donations en faveur de certaines entreprises d'un intérêt général, mais alors il faut l'approbation des électeurs de la municipalité et du lieutenant-gouverneur en conseil (art. 477-483 C. M.).

VII. Des personnes atteintes d'une maladie réputée mortelle.— L'article 762 énonce cette cause d'incapacité en ces termes :

762. " Les donations conçues entre vifs sont nulles comme " réputées à cause de mort, lorsqu'elles sont faites pendant la " maladie réputée mortelle du donateur, suivie ou non de son " décès, si aucunes circonstances n'aident à les valider.

" Si le donateur se rétablit et laisse le donataire en possession paisible pendant un temps considérable, le vice disparaît " (*a*).

Les codificateurs expliquent que cet article, conforme en principe à l'article 277 de la coutume de Paris, suit dans sa rédaction l'interprétation rendue fixe par la jurisprudence.

L'article 277 de la coutume de Paris portait que " toutes " donations, encore qu'elles soient conçues entre vifs, faites " par personnes gisantes au lit de la maladie dont elles décèdent, sont réputées faites à cause de mort et testamentaires, " et non entre vifs."

Puisque les codificateurs nous disent que l'article 762 suit dans sa rédaction l'interprétation de l'article 277 de la coutume de Paris rendue fixe par la jurisprudence, il importe de se rendre bien compte de cette interprétation. On remarquera que l'article 277 de la coutume de Paris parle de personnes gisantes au lit de la maladie *dont elles décèdent.* Mais on réputait également faites à cause de mort les donations consenties par une personne qui, au moment de la donation, regardait la mort comme prochaine ; on craignait que l'imminence de la mort, empêchant le donateur de ne plus considérer l'usage de ses biens, ne le portât à en disposer avec plus de facilité. " En conséquence," disait Ricard (*b*), à qui j'emprunte cette analyse, " nous ne considérons pas tant à ce sujet

(*a*) Cette cause d'incapacité n'existe pas dans le droit français moderne.

(*b*) Donations, t. 1er, part. I, ch. III, sec. 1, n° 89, p. 22.

" s'il était actuellement proche de la mort, que s'il avait la " pensée d'y être : non pas même si fort la maladie actuelle, " que l'état d'esprit dans lequel il avait sujet d'être : comme " s'il était dans un péril imminent qui lui donnât lieu d'appréhender la mort. Sur quoi, le juge prudent, comme en " toute autre cause de présomption, considère l'inclination du " donateur, et s'il y a apparence que, cessant la proximité de " sa mort, il se fût porté à faire une semblable donation."

Toutefois, comme nous le verrons, il ne faut pas sortir des termes de la loi. La seule imminence de la mort ne suffit pas, il faut encore que le donateur soit actuellement malade d'une maladie réputée mortelle. La raison de la loi, d'après Pothier (*a*), c'est que le donateur malade, qui voit arriver sa fin, ne préfère pas le donataire à lui-même—trait caractéristique de la donation entre vifs—puisqu'il lui donne une chose qu'il ne peut plus conserver, que la mort va lui ravir, mais il le préfère à ses héritiers que cette mort va saisir de ses biens, ce qui est le trait caractéristique de la donation à cause de mort. Et la donation à cause de mort étant prohibée, sauf les exceptions spécialement décrétées (art. 758), il était logique d'annuler la donation faite par un malade en danger de mort.

Cette indication des motifs de la prohibition faite, voyons de quelle maladie il s'agit.

Pothier (*b*) nous dit que le donateur malade de la maladie dont il meurt par la suite, cesse d'être capable de disposer par donations entre vifs, dès que sa maladie se trouve avoir *un trait prochain à la mort.* Et le même auteur, sur l'article 297 de la coutume d'Orléans, note 2, s'explique sur ce point avec plus de détail. Il dit que la coutume a voulu signifier par ces termes *gisantes au lit de la maladie dont elles décèdent,* " qu'il ne suffit pas qu'une personne fût malade d'une " maladie mortelle de sa nature, pour qu'elle ne pût donner " entre vifs ; qu'il fallait que cette maladie eût un trait pro- " chain à la mort, par exemple, un pulmonique, lorsque la " maladie n'est pas encore parvenue à son dernière période, ne " laisse pas de pouvoir donner entre vifs (*c*). Au reste; ces

---

(*a*) *Donations*, éd. Bugnet, t. 8, nº 11, p. 350.

(*b*) *Donations, loco citato.*

(*c*) L'annotateur de Bourjon, *Droit commun de la France*, t. 1er, tit. IV, *Des donations entre vifs*, ch. 4, nº 5, pensait que dans le cas de ces maladies, malgré qu'elles fussent rendues à leur troisième période, une survie de six mois après la donation mettait cette donation hors d'atteinte.

" termes *gisantes au lit* ne doivent pas être pris à la lettre : " un hydropique, quoique dans son fauteuil, lorsque la maladie " est parvenue au dernier période, n'en est pas moins inca- " pable de donner entre vifs " (*a*).

Enfin, dans son *Introduction au titre 15 de la coutume d'Orléans*, nº 7, Pothier ajoute que les donations faites à la veille d'un grand danger, comme la veille d'un combat, ou lorsqu'un homme est sur le point de subir une opération chirurgicale dangereuse, ou bien dans l'extrême vieillesse, n'ont pas moins le caractère des donations entre vifs (*b*).

Pour me résumer donc, la donation sera nulle comme faite à cause de mort, lorsque le donateur était, quand il l'a consentie, malade d'une maladie réputée mortelle, ayant un trait prochain à la mort. Cependant, comme le disait Ricard, il faut considérer l'état d'esprit du donateur et son inclination au moment de la donation. Notre article, pas plus que l'ancienne jurisprudence, n'exige pas que la maladie réputée mortelle ait de fait été fatale. Mais la guérison du donateur et la circonstance qu'il aura laissé le donataire en possession paisible de la chose donnée pendant un temps considérable, feront disparaître le vice qui infectait la donation. En tout cela, notre article est conforme à l'interprétation que l'on donnait à l'article 277 de la coutume de Paris.

Mais cette règle est-elle invariable ? Il me semble qu'on ne saurait l'appliquer à une donation faite par contrat de mariage, car là on peut faire entre vifs une donation à cause de mort (art. 818 et suiv.).

Peut-on aller plus loin et poser d'autres exceptions ? L'article 762 se sert d'une expression qui ne se trouve pas dans l'article 277 de la coutume de Paris et qui semble dépasser l'interprétation qu'on lui donnait. Il dit que la donation faite pendant

---

En effet, quelques coutumes fixaient un délai dans lequel il fallait que la mort fût arrivée. Cependant, Pothier (*Donations*, t. 8, nº 14) faisait observer que dans le ressort de la coutume de Paris, la détermination de ce délai était laissé à l'arbitrage du juge, qui devait décider par les circonstances, autant que par le temps que le donateur avait vécu depuis la donation, si la maladie avait un trait prochain à la mort.

(*a*) Voy. aussi Merlin, *Répertoire*, vº *Donations*, sec. I, § II, nº 4.

(*b*) Bourjon, ouvrage cité, ch. 3, nº 4, p. 79, voyait une donation à cause de mort dans celle faite la veille d'une bataille ou d'une opération dangereuse, mais, quant à ce dernier cas, son opinion n'était pas partagée par son annotateur. Il est presque oiseux de dire que le sentiment de Pothier devra être suivi, car il n'y a pas là maladie mortelle, au moment de la donation, et on ne saurait sortir de l'hypothèse de notre article.

la maladie réputée mortelle du donateur sera nulle, comme réputée à cause de mort, *si aucunes circonstances n'aident à la valider.* Cette expression laisse-t-elle au tribunal la faculté de chercher, dans les circonstances qui entourent la donation, un motif de valider la libéralité quand les conditions de l'article 762 se rencontrent ? En d'autres termes, l'annulation de la donation est elle abandonnée à la discrétion du magistrat ?

Remarquons que, dans l'ancien droit, on enseignait que la mort du donateur, survenant comme terme de sa maladie réputée mortelle et ayant un trait prochain à la mort au moment de la donation, créait une présomption *juris et de jure* que cette donation n'avait été faite qu'en vue de sa mort. Mais lorsque la maladie se terminait par la guérison du donateur, la présomption *juris et de jure* ne se rencontrait plus, et la circonstance de l'état de maladie, étant isolée, ne formait plus qu'une présomption simple que la libéralité avait été déterminée par l'idée de la mort prête à frapper. Si donc le donateur réclamait promptement contre la donation, cette présomption se transformait en certitude ; son silence, au contraire, après sa guérison, la détruisait, car ce silence démontrait qu'il aurait fait en santé ce qu'il avait fait en maladie, et que l'idée de la mort n'avait influé en rien sur une détermination dans laquelle il avait persisté en pleine santé (*a*).

Mais la phraséologie de notre article semble repousser cette présomption *juris et de jure.* La donation est nulle, dit-il, dans le cas de la mort comme de la survie du donateur—car la restriction s'applique aux deux cas—si aucunes circonstances n'aident à la valider. La circonstance que le législateur indique dans le second alinéa de l'article 762 peut sans doute être invoquée. Mais que le donateur meure, la donation devra-t-elle nécessairement être annulée ? Je crois qu'ici le tribunal pourra suivre la règle que Ricard lui-même traçait au juge prudent (*b*), et considérer l'état d'esprit et l'inclination du donateur, se demander enfin, non pas tant s'il était près de la mort, que s'il avait la pensée d'y être. On sait que bien souvent le malade s'illusionne sur son état de santé, qu'il envisage sa guérison comme probable, alors que son entourage a perdu tout espoir. Ainsi, au moment de la donation, il faisait des projets d'avenir, il exécutait un plan tracé depuis longtemps

---

(*a*) Ainsi raisonnait Bergier, l'annotateur de Ricard, tome 1[er], p. 24, note *k*.

(*b*) Voy. *supra*, pp. 33 et 34.

et en pleine santé (*a*), sans en cela se préoccuper de la mort qu'il croyait éloignée, il donnait un immeuble en récompense de services appréciables en argent, il stipulait en sa faveur une rente viagère pour assurer ses vieux jours contre la mendicité. Le tribunal peut-il tenir compte de ces circonstances, même lorsque le donateur est effectivement mort ? Je le crois, car elles indiquent d'une manière non équivoque que le donateur ne disposait pas à cause de mort, mais entre vifs, qu'il ne cherchait pas à empêcher ses héritiers de recueillir ses biens, mais bien à s'en dessaisir lui-même (*b*).

Mais, à qui appartient l'action en nullité lorsqu'il y a ouverture ? Evidemment au donateur s'il se rétablit, ou à ses héritiers s'il décède. Toutefois cette action est susceptible de s'éteindre, si le donateur laisse le donataire en possession paisible des biens donnés pendant un temps considérable. Il est malheureux que le législateur n'ait pas mieux défini le terme de cette prescription ; c'est un point qu'il a laissé à l'arbitrage du tribunal. Les héritiers du donateur ne peuvent attaquer la donation que lorsque le donateur est décédé de la maladie dont il était atteint lors de la donation, ou qu'ayant survécu, il décède ensuite sans avoir eu le temps de réclamer. La confirmation tacite du donateur, il est clair, éteint absolument leur recours et la donation reste parfaite.

On peut ajouter que toutes ces réserves font voir que la nullité n'est pas radicale, puisque la simple tolérance du donateur rétabli de sa maladie peut faire disparaître la cause de nullité (*c*). Donc l'action en nullité devra être intentée avant que prescription en soit acquise (art. 2258) (*d*).

(*a*) Ricard (nº 103) cite précisément un arrêt du 4 juin 1579 par lequel le parlement de Paris a maintenu " une donation entre vifs faite par un " oncle à son neveu, en sa dernière maladie, sur cette circonstance qu'il " paraissait suffisamment qu'il n'avait exécuté, dans sa dernière maladie, " que ce qu'il avait médité durant sa vie, et l'eût même accompli en " pleine santé, s'il eût plu à Dieu la lui prolonger davantage."

(*b*) Dans la cause de *Valade & Lalonde*, en cour suprême, 27 Supreme Court Repts, p. 554, le juge Girouard disait : " L'article 762 ne déclare " pas nulles toutes les donations entre vifs réputées à cause de mort, " lorsqu'elles sont faites pendant la maladie réputée mortelle du donateur, " mais seulement celles que les circonstances n'aident à valider."

(*c*) J'éprouverais quelque difficulté à en venir à cette conclusion, sans les termes de l'article 762 qui ne peuvent se concilier avec l'idée de la nullité radicale.

(*d*) On décidait même, dans l'ancien droit, que la donation entre vifs consentie par un novice, avant sa profession religieuse, était nulle comme

Il n'y a guère que deux arrêts sur cette question dans notre jurisprudence.

Le premier est une cause de *Raiche* v. *Alie* (1 R. L., p. 77), où on aurait jugé, suivant l'arrêtiste, qu'une donation entre vifs, faite quelques jours avant la mort du donateur, lorsque la cause déterminante de sa mort ne s'est déclarée que depuis, est valide et ne peut être considérée comme une donation à cause de mort. Ce point n'est pas douteux, mais, en consultant le texte du jugement, on voit que l'action a été renvoyée faute de preuve et de qualité chez le demandeur pour l'intenter.

Le second est un arrêt de la cour suprême, dans la cause de *Valade* & *Lalonde* (27 Supreme Court Repts., 551). Il s'agissait d'un acte de vente, dans lequel le vendeur, alors malade de la maladie dont il est mort, reconnaissait avoir reçu de l'acheteur une somme de $5,000. Aucune telle somme n'avait été payée et on attaquait la prétendue vente comme constituant réellement une donation, laquelle, disait-on, était nulle comme faite à cause de mort. La cour suprême, vu les services rendus par l'acheteur au vendeur, y a trouvé une dation en paiement. Sauf le *dictum* du juge Girouard que j'ai cité plus haut, cet arrêt n'aide pas à fixer la portée de l'article 762.

§ IV.—*De l'incapacité absolue de recevoir.*

L'article 765 pose la règle que " toutes personnes capables " de succéder et d'acquérir peuvent recevoir par donation " entre vifs, à moins de quelque exception établie par la loi, " et sauf la nécessité de l'acceptation légalement faite par le " donataire ou par une personne habile à accepter pour lui."

Donc, de même que pour le cas de la capacité de donner, la capacité de recevoir est la règle, l'incapacité l'exception. On peut indiquer, comme tombant sous le coup de cette exception : 1° les personnes qui ne sont pas encore conçues, sauf le cas de la substitution et celui des donations par contrat de mariage ; 2° les corporations, lorsque la donation excède la limite des biens qu'elles peuvent posséder ; 3° les personnes

---

faite à cause de mort. Voy. Merlin, *loc. cit.*, n° 5, et Pothier, *Introd. au tit.* 15 *de la coutume d'Orléans* n° 7. Même si la mort civile comme suite de la profession religieuse existe en cette province, je n'accueillerais point la décision des anciens arrêts, car on ne saurait, à mon avis, prononcer cette nullité sans un texte exprès.

mortes civilement. Je donnerai un mot d'explication sur chacun de ces cas.

Remarquons cependant qu'il ne faut pas confondre l'incapacité de *recevoir* avec celle d'*accepter* une donation. Quelques personnes, comme les mineurs et les interdits, peuvent recevoir, mais doivent être représentées pour accepter d'une manière définitive (*a*). Elles ont le droit lui-même, mais elles n'en ont pas le libre exercice.

I. Des personnes qui ne sont pas encore conçues.—On assimile aux personnes déjà nées celles qui sont conçues, si elles naissent ensuite viables, car *infans conceptus pro nato habetur quoties de ejus commodo agitur.* L'article 765 exclut tous autres en disant que toute personne *capable de succéder* peut recevoir par donation, car ceux-là seuls peuvent succéder qui sont, soit nés, soit conçus, s'ils naissaient ensuite viables (art. 608) (*b*). Remarquons que par exception des donations entre vifs peuvent être faites par contrat de mariage en faveur d'enfants non encore conçus, et qu'il n'est pas nécessaire que les appelés en substitution existent lors de la donation qui l'établit (*c*).

Dans le cas de la donation entre vifs, hors contrat de mariage et sans substitution, le donataire doit être conçu au moment de la donation. Dans le cas de la donation testamentaire, au contraire, il suffit que le légataire soit conçu lors du décès du testateur ou lorsque le legs prend effet en sa faveur (art. 771, 838).

Remarquons, encore une fois, qu'il ne s'agit ici que de la capacité de *recevoir*; sauf le cas de donations par contrat de mariage où l'acceptation se présume (art. 788), la donation doit être *acceptée* par le donataire ou par une personne capable d'accepter pour lui, s'il ne jouit pas de l'exercice de ses droits (art. 765).

II. Des corporations—Les corporations, en principe, sont capables de recevoir, mais leur incapacité devient absolue

(*a*) Nous verrons que l'acceptation faite par le mineur non autorisé est sujette à rescision au cas de lésion.

(*b*) Voy. aussi le deuxième alinéa de l'art. 771.

(*c*) C'est la disposition de l'article 772, qui est en ces termes :
772. "La faveur des contrats de mariage rend valides les donations "qui y sont faites aux enfants à naître du mariage projeté.
"Il n'est pas nécessaire que les appelés en substitution existent lors "de la donation qui l'établit."

lorsqu'elles ont déjà tous les biens que la loi leur permet de posséder. C'est la disposition de l'article 766 qui se lit ainsi qu'il suit :

766. "Les corporations peuvent acquérir par donations " entre vifs comme par autres contrats, dans la limite des " biens qu'elles peuvent posséder."

J'ai expliqué les incapacités des corporations et des gens de main-morte en mon tome 2, pp. 357 et suiv. Je n'ai pas à y revenir. On peut conclure des termes de notre article que si la donation est d'une chose divisible, comme d'une somme d'argent, et qu'elle ne dépasse qu'en partie la limite des biens que la corporation peut posséder, la donation sera valable jusqu'à concurrence de cette valeur et nulle pour le surplus. S'il s'agit d'une chose qui n'est pas susceptible de division, comme un immeuble, la donation qui dépassse la limite assignée à la corporation sera entièrement nulle.

III. Des personnes mortes civilement.—Elles sont incapables de succéder (art. 608), partant, incapables de recevoir par donations entre vifs (art. 765). D'ailleurs, leur incapacité d'acquérir par actes entre vifs ou à cause de mort est écrite à l'article 36.

§ V.—*De l'incapacité relative de donner, et, par suite, de l'incapacité relative de recevoir.*

Sont frappés de l'incapacité relative de donner : 1° le mineur devenu majeur ou autre personne qui a été sous la puissance d'autrui, dans ses rapports avec son ancien tuteur ou curateur qui n'a pas rendu compte de son administration ; 2° les concubinaires l'un à l'égard de l'autre, et le père ou la mère à l'égard de ses enfants incestueux ou adultérins ; 3° les époux à l'égard l'un de l'autre.

I. Du mineur devenu majeur, ou autre personne qui a été sous la puissance d'autrui, dans ses rapports avec son ancien tuteur ou curateur.—L'article 767 pose la règle suivante :

767. " Les mineurs devenus majeurs, et autres qui ont été " sous la puissance d'autrui, ne peuvent donner entre vifs à " leurs anciens tuteurs ou curateurs pendant que leur admi- " nistration se continue de fait et jusqu'à ce qu'ils aient rendu " compte ; ils peuvent cependant donner à leurs propres " ascendants qui ont exercé ces charges " (*a*).

(*a*) C'est en substance la disposition des alinéas deux et trois de l'article 907 du code Napoléon, sauf que, sous ce dernier article, l'incapacité

Cette disposition est tirée de l'article 276 de la coutume de Paris qui donnait plus d'extension aux prohibitions de l'ordonnance de 1539 (art. 131) et de la déclaration de 1549. Cet article, en effet, portait que " les mineurs et autres sous la " puissance d'autrui, ne peuvent donner ni tester (*a*) directe- " ment ni indirectement au profit de leurs tuteurs, curateurs, " pédagogues (*b*), ou autres administrateurs, ou aux enfants " des dits administrateurs, pendant le temps de leur adminis- " tration, et jusqu'à ce qu'ils aient rendu compte. Peuvent " toutefois disposer au profit de leur père, mère, aïeul ou " aïeule, ou autres ascendants, encore qu'ils soient de la qualité " susdite, pourvu que lors du testament et décès du testateur, " les dits père, mère ou autres ascendants ne soient mariés "(*c*).

La raison de cette règle se devine facilement. Le mineur devenu majeur, l'interdit qui vient d'être relevé de son interdiction, sont encore sous l'influence de ceux qui les représentaient naguère dans tous les actes de la vie civile, et le tuteur ou curateur pourrait si facilement abuser de cette influence, que le législateur a cru devoir prononcer la nullité d'une libéralité qui ne peut être regardée comme l'acte d'une volonté libre et réfléchie. D'ailleurs, jusqu'à ce que le compte soit rendu, le mineur ne peut juger de l'étendue de sa fortune et serait plutôt porté à se l'exagérer. Les mêmes motifs ont fait prononcer la nullité de tout traité relatif à la gestion et au compte de la tutelle, s'il n'est précédé de la reddition d'un

---

existe même dans le cas d'un testament, restriction qui, dans notre droit, serait incompatible avec la liberté illimitée de tester. L'article 907 ne contient pas les mots de notre article " pendant que leur administration se continue de fait," et ne parle pas des personnes qui ont été sous la puissance d'autrui dans leurs rapports avec leurs anciens curateurs. Cependant on décide, en France, que l'incapacité existe dans ce dernier cas : Sirey et Gilbert sur l'art. 907, nº 18 ; *contra* M. Baudry-Lacantinerie, nº 386. L'article 907, du reste, exige que le compte ait non seulement été rendu, mais qu'il ait été *apuré*.

Remarquons en outre que l'exception en faveur des ascendants, puisée dans l'article 907 du code français, est indiquée comme étant de droit nouveau dans notre article. La loi ancienne, disent les codificateurs, établissait une nouvelle peine des secondes noces en décrétant la nullité de la donation si les ascendants sont remariés. Les derniers mots de notre article, " ils peuvent cependant," etc., sont donc de droit nouveau.

(*a*) Cette restriction à la liberté de tester n'existe plus dans notre droit lorsque le mineur est devenu majeur.

(*b*) Le code n'a pas reproduit cette prohibition de donner aux pédagogues.

(*c*) Cette restriction, je l'ai dit, n'existe pas dans notre droit moderne.

compte détaillé et de la remise des pièces justificatives (art. 311).

Mais cette cause de nullité disparaîtra dès que le tuteur ou curateur aura rendu ses comptes. Faut-il également que ce compte ait été accompagné de pièces justificatives ? Quelques auteurs décident que non en France. On ne saurait suivant eux étendre la disposition de l'article 472 du code Napoléon qui correspond à notre article 311 et qui vise une autre hypothèse. Mais la majorité des auteurs exigent la remise des pièces justificatives, et si on ne consulte que le motif de la loi, il faut leur donner raison, car comment le mineur jugera-t-il sa position financière s'il n'a pas le moyen de contrôler les charges du tuteur ? D'ailleurs, peut-on dire que le tuteur a rendu compte, alors que son prétendu compte n'est pas accompagné des pièces qui le justifient (voy. l'art. 567 C. P. C.) (*a*) ? Mais on s'accorde à dire qu'il n'est pas nécessaire que le reliquat de compte ait été payé (*b*).

L'article 907 du code Napoléon exige aussi que le compte de tutelle ait été apuré, c'est-à-dire vérifié et approuvé par le mineur. Notre article se contentant de la simple reddition du compte, on peut conclure qu'il n'est pas nécessaire que ce compte ait été discuté, car l'article 767 établissant une incapacité doit être interprété restrictivement. Par application de ce principe, on décide qu'on ne saurait étendre sa disposition au subrogé tuteur, ni au curateur du mineur émancipé, ni au conseil judiciaire du faible d'esprit. En effet, il s'agit dans notre article de personnes qui ont été sous la puissance d'autrui. On excepte également de la prohibition de la loi les donations faites au tuteur *ad hoc* à cause du caractère purement accidentel de sa mission (*c*). Mais on prononce la nullité de la libéralité faite au cotuteur ou au protuteur ou à celui qui a exercé de fait la tutelle, sans en avoir le titre légal (*d*).

(*a*) Voy. les opinions pour et contre dans Sirey et Gilbert, sur l'art. 907 C. N., n° 13.

M. Baudry-Lacantinerie. n° 386, se prononce pour la négative.

(*b*) Sirey et Gilbert, n° 12 ; M. Baudry-Lacantinerie *loc. citato* ; Pothier, *Donations*, sec. I, art. II, § 8, éd. Bugnet, t. 8, n° 38.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 386. J'excepterais également le curateur à l'interdit pour prodigalité.

(*d*) Ce point est controversé en France, mais ne saurait l'être dans notre droit, car notre article 767 défend au mineur devenu majeur de faire des donations à son ancien tuteur *tant que son administration se continue de fait*. Or, cette administration se fait sans titre après que le pupille est devenu majeur. Du reste, maintenir une donation faite en faveur de celui qui a géré la tutelle sans droit et l'annuler dans le cas

Cependant, comme notre article le dit, le mineur devenu majeur ou l'interdit qui a été relevé de son interdiction peut faire des donations en faveur de son ascendant qui a exercé la tutelle ou la curatelle, car dans ce cas il n'y a pas lieu à redouter l'abus de l'influence. Il faudrait donc, pour pouvoir attaquer la donation, invoquer et prouver une autre cause de nullité.

On décide en France que l'incapacité du tuteur cesse lorsque, au moment de la libéralité, plus de dix ans se sont écoulés depuis la majorité du pupille (*a*). Cette décision est logique, car le code Napoléon admet la prescription de dix ans quant aux actions relatives aux faits de la tutelle (art. 475 C. N.). J'ai dit ailleurs (*b*) que l'action en reddition de compte dure dans notre droit trente ans, comme le décrète formellement du reste l'article 2243. L'incapacité du tuteur ou curateur qui n'a pas rendu compte restera donc entière, tant qu'il y aura ouverture à cette action.

La coutume de Paris, nous l'avons vu, défendait également de donner aux *enfants* des administrateurs. La raison de cette disposition, c'est qu'une donation consentie en faveur du fils, est facilement présumée avoir été faite au père. Notre article ne parle pas des enfants du tuteur ou curateur. Cependant, nous avons vu, dans l'article 715, (*c*) une application de cette présomption, et il y a, du reste, l'article 774 qui, annulant la disposition faite au profit d'un incapable, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personne interposée, ajoute que les *descendants* de l'incapable sont réputés interposés entre lui et le donateur Je crois donc qu'il y a lieu d'appliquer la prohibition de l'article 276 de la coutume de Paris, mais peut-être pourrait-on ajouter que la présomption ne sera pas invincible, pas plus que ne l'est celle de l'article 774 (*d*).

II. Des concubinaires à l'égard l'un de l'autre et des père et mère à l'égard de leurs enfants incestueux ou adultérins.—L'article 768

du tuteur légal, serait traiter plus libéralement celui qui a usurpé une fonction que celui qui en a été légalement investi.

(*a*) Sirey et Gilbert, sur l'art. 907, C. N., n° 19.

(*b*) Voy. mon tome 2, p. 251.

(*c*) Voy. mon tome 3, p. 526.

(*d*) Ferrière, sur l'art. 276 de la coutume de Paris, croyait que malgré le silence, sur ce point, de l'ordonnance de 1539 et de la déclaration de 1549, la disposition de l'art. 276 de la coutume de Paris devait être observée partout, comme étant très juste et très équitable.

prononce en ces termes la nullité des donations faites dans ces circonstances lorsqu'elles n'ont pas le caractère alimentaire :

768 " Les donations entre vifs faites par le donateur à " celui ou à celle avec qui il a vécu en concubinage, et à ses " enfants incestueux ou adultérins, sont limitées à des aliments.

" Cette prohibition ne s'applique pas aux donations faites " par contrat de mariage intervenu entre les concubinaires.

" Les autres enfants illégitimes peuvent recevoir des dona- " tions entre vifs comme toutes autres personnes " (*a*).

Cette disposition, bien entendu, se limite aux donations entre vifs et ne s'applique pas aux testaments, la liberté de tester étant illimitée. Les codificateurs expliquent que l'assimilation, sous ce rapport, des donations aux testaments eût pu paraître immorale. Ils ajoutent qu'ils auraient été plutôt portés à rétablir, du moins en partie, les anciennes restrictions quant aux testaments, s'ils n'eussent préféré laisser dans toute sa généralité la loi qui, avec la liberté illimitée de tester, a introduit un changement qui sert de base à tout le sujet des dons gratuits. Mais ils se sont rapprochés du principe de la liberté, disent-ils, en permettant, contrairement à l'ancien droit, ces donations lorsqu'elles sont faites par le contrat de mariage intervenu entre les concubinaires, et aussi les donations que le père ou la mère consent en faveur de ses enfants naturels non incestueux ni adultérins.

En France, on ne peut donner aux enfants naturels simples, soit par donation ou par testament, que ce qui leur est accordé en matière de successions (art. 908 C. N.) (*b*). En cela notre droit diffère essentiellement du droit français moderne, car, chez nous, les enfants naturels simples n'ont aucun droit de succession et on peut leur donner, soit par donation entre vifs, soit par testament, sans aucune limite. Quant aux enfants naturels incestueux ou adultérins, ils ne peuvent, en France comme ici, recevoir par donation entre vifs que des aliments (art. 762 C. N.) (*c*). Par contre, la prohibition de l'ancien

---

(*a*) Les deux derniers alinéas de cet article sont de droit nouveau. L'ancien droit ne validait pas les donations faites par le contrat de mariage des concubinaires et ne permettait aux enfants illégitimes de recevoir entre vifs de leurs père et mère que des choses particulières, mais non des donations universelles.

(*b*) J'ai expliqué en mon tome 3, p. 353, ce droit de succession des enfants naturels en France.

(*c*) Cette restriction s'applique en France même en matière de donations testamentaires. Nous avons vu qu'il en est différemment dans notre droit.

droit et de notre code à l'égard des donations entre concubinaires n'existe pas en France ; mais, par application de l'article 911 du code Napoléon (notre article 774), on décide que le concubin ne peut donner ou léguer à sa concubine, et réciproquement, que ce qu'il pourrait donner ou léguer à son enfant naturel, car, aux termes de cet article, les libéralités faites au père ou à la mère de l'incapable sont censées faites à l'incapable lui-même. Il n'est pas question, dans le droit français moderne, de l'exception en faveur des donations faites par le contrat de mariage des concubinaires.

Notre article prohibant les donations entre concubinaires, sans distinction, lorsqu'elles dépassent une provision alimentaire, il n'y a pas lieu de se demander si ces donations sont permises entre concubinaires qu'aucun obstacle n'empêcherait de contracter mariage (*a*). En effet, il est défendu aux époux de se faire des donations l'un à l'autre, car on craint que l'affection qu'ils se portent ne les induise à se dépouiller de leurs biens. Or, cette raison acquiert plus de force dans le cas d'un concubinage même simple, les passions déréglées étant généralement plus fortes et surtout plus aveugles que les affections légitimes (*b*).

Ricard, (nos 418 et suiv.) décide également que les père et mère ne peuvent donner aux enfants issus en légitime mariage de leurs enfants incestueux ou adultérins. Telle était la jurisprudence des arrêts. Nous pouvons invoquer à l'appui de cette solution la disposition de l'article 774. Mais, dans le doute, on présumera que l'enfant est naturel simple au lieu d'être incestueux ou adultérin (Ricard, no 446).

III. Des époux à l'égard l'un de l'autre.—Pour des raisons d'ordre public, la loi interdit aux époux de s'avantager par donations entre vifs, pendant le mariage. Il suffit d'énoncer ici cette incapacité de donner et de recevoir, sauf à l'étudier au titre *Des conventions matrimoniales*, à l'exemple de l'article 770 qui dit que " la prohibition aux époux de s'avantager " durant le mariage par actes entre vifs, est exposée au titre " *Des conventions matrimoniales.*"

(*a*) Le droit romain permettait les donations dans ce dernier cas et les prohibait quand le concubinage était incestueux ou adultérin. La raison en était que le concubinage simple constituait à Rome un véritable mariage.

(*b*) Voy., dans ce sens, Ricard, *Donations*, part. I, ch. III, sec. 8, nos 408 et suiv. Il témoigne cependant que la question était controversée dans l'ancien droit.

§ VI. — *Des fraudes qui peuvent être pratiquées pour éluder la loi sur les incapacités de disposer ou de recevoir.*

On peut pratiquer cette fraude de deux manières : 1° la donation étant expressément prohibée, on simulera la libéralité sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux ; 2° ou bien, ne pouvant donner à telle personne, on lui fera la libéralité sous le nom d'une personne interposée, chargée secrètement de lui remettre la chose donnée. Dans le premier cas le contrat lui-même, dans le second, la personne du donataire, sont simulés.

L'article 774 déjoue ces fraudes par la disposition suivante :

774. " La disposition au profit d'un incapable est nulle, " soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, " soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées.

" Sont réputés interposés les ascendants, les descendants, " l'héritier présomptif à l'époque de la donation et l'époux de " la personne incapable, si aucuns rapports de parenté, ou de " services, ou autres circonstances ne tendent à faire dispa- " raître la présomption.

" La nullité a lieu même lorsque la personne interposée a " survécu à l'incapable " (*a*).

I. Libéralités déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux. —Il s'agit de la simulation du contrat lui-même. Ainsi Pierre, mineur devenu majeur, ne peut donner à Paul, son ancien tuteur, qui ne lui a pas encore rendu compte de son administration. Voulant éluder la loi, il consent en faveur de Paul un contrat par lequel il déclare faussement lui vendre la chose qu'il veut lui donner, et Paul, de son côté,

(*a*) Le premier alinéa de l'article 774 est la copie du premier alinéa de l'article 911 du code Napoléon. Le second alinéa de notre article diffère de l'alinéa correspondant de l'article 911, en ce que ce dernier article ne parle que des père et mère et non des autres ascendants, et qu'il ne mentionne pas l'héritier présomptif. En outre, le code Napoléon pose, dans le cas des personnes énumérées, une présomption d'interposition absolue qui n'admet pas la preuve contraire : Sirey et Gilbert sur l'art. 911, n° 11, et M. Baudry-Lacantinerie, n° 399. Ici la présomption tout en étant légale, n'est pas *juris et de jure*. Elle dispense celui qui l'invoque de faire la preuve de l'interposition, mais elle n'empêche pas celui à qui on l'oppose de la combattre par une preuve contraire (art. 1239), en faisant voir qu'il existait entre le donateur et le donataire des rapports de parenté ou de services ou d'autres circonstances qui font disparaître cette présomption. Enfin le troisième alinéa de l'article 774 ne se trouve pas à l'article 911 du code Napoléon.

déclare faussement avoir payé le prix de cette chose à Pierre qui ne l'a jamais reçu. Voilà une donation simulée sous la forme d'un contrat onéreux, et la loi prévient la fraude en annulant la libéralité qu'on a ainsi déguisée.

Mais la simulation du contrat produit au moins un effet. Alors que la partie qui attaque une donation qualifiée telle, faite à une personne incapable, n'a qu'à prouver l'incapacité du donataire, celui qui attaque la donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux est obligé de prouver cette simulation, car le contrat, jusqu'à preuve contraire, est présumé sérieux. Il peut d'ailleurs faire cette preuve par toute espèce de moyens : par titres, par témoins et même par présomptions.

Libéralités faites sous le nom de personnes interposées.—Ici, je l'ai dit, le contrat se présente sous la forme d'une donation, mais la personne du donataire est simulée. Ce donataire, par une entente secrète avec le donateur, est chargé de remettre la chose donnée à une personne qui était incapable de la recevoir par donation. En vertu du principe que ce que la loi défend de faire directement, on ne peut le faire indirectement, le législateur annule cette libéralité et déjoue ainsi la fraude qu'on a voulu faire.

Dans ce cas encore le contrat sera en principe présumé sérieux, et celui qui l'attaque devra prouver la simulation de la personne du donataire, en d'autres termes l'interposition de personne, et cette preuve il peut la faire par toute sorte de moyens.

Toutefois, la loi vient à son secours et, dans certains cas limitativement déterminés, présume la simulation. Alors le donataire apparent est réputé, à cause des liens qui l'unissent à la personne incapable, n'avoir été qu'un prête-nom, qu'une personne interposée, et la donation sera annulée sans autre preuve de la part du demandeur en nullité. Sont réputées interposées les personnes suivantes : 1° les ascendants ; 2° les descendants ; 3° le conjoint de l'incapable ; 4° son héritier présomptif à l'époque de la donation. Ainsi, pour nous aider de l'exemple donné tout à l'heure, Pierre ne peut faire une donation à Paul, et, pour éluder la prohibition de la loi, il donne au fils, au père, à la femme ou à l'héritier présomptif de Paul. Celui qui attaque la donation n'aura qu'à prouver la parenté ou le mariage, et l'interposition des personnes sera présumée, ce qui entraînera l'annulation de la donation.

Cependant, comme je l'ai dit *supra*, p. 46, note (*a*), cette présomption n'est pas invincible dans notre droit. Le donataire auquel on l'oppose peut donc faire voir que la donation était sérieuse, et la loi lui en indique le moyen, en disant que l'interposition est présumée " si aucuns rapports de parenté, " ou de services, ou autres circonstances ne tendent à faire disparaître la présomption." La parenté seule semblerait insuffisante en général pour détruire la présomption, dans les cas où c'est cette parenté qui la crée. Mais d'autres circonstances, telles que des services rendus, une ancienne amitié entre le donateur et le donataire, une alliance, peuvent faire voir que la libéralité est sérieuse. Ainsi le pupille épouse la fille de son ancien tuteur et l'avantage par son contrat de mariage. Il est clair que l'interposition ne saurait être présumée dans un tel cas. Ou bien, il était lié d'amitié avec le fils de son tuteur alors qu'il connaissait à peine ce dernier. Une donation au fils, dans ce cas, ne saurait raisonnablement être présumée faite au père. Ainsi le donataire pourra combattre la présomption de l'article 774, et invoquer tout motif qui est de nature à démontrer que la donation telle que faite était sérieuse.

On enseigne en France que, comme la loi ne distingue pas, l'interposition se présumera que la parenté soit naturelle ou légitime (*a*). Ne serait-il cependant pas raisonnable d'exiger au moins que la parenté naturelle ait été reconnue ? Mais on ne saurait aller plus loin et présumer l'interposition dans des cas autres que ceux que notre article énumère.

Il s'ensuit que le *fiancé* de l'incapable ne sera pas censé une personne interposée entre le donateur et cet incapable. On en décide ainsi, même lorsque la donation se fait par contrat de mariage, décision qui paraît peu logique puisque la donation s'adresse réellement à l'époux, le contrat de mariage ne prenant effet qu'à compter du mariage (*b*). Il faut remarquer cependant que quelquefois la donation par contrat de mariage est expressément exceptée de la prohibition de la loi, comme dans le cas de donations faites entre concubinaires ou par le père en faveur de ses enfants incestueux ou adultérins.

Ajoutons qu'il n'y aurait pas lieu de présumer interposition de personnes dans le cas d'une donation faite en faveur de l'ascendant, du descendant ou du conjoint d'une personne morte civilement, car autrement ces personnes ne pour-

(*a*) Mourlon, nº 574, et les autorités qu'il cite.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 399 *bis*.

raient jamais recevoir de donations de qui que ce soit (*a*).

L'action en nullité appartient à tout intéressé. C'est ce qu'on décide en France dans le silence de la loi (*b*).

Il est du reste indifférent, comme le dit l'alinéa 3 de l'article 774, que la personne interposée ait survécu à l'incapable (*c*).

§ VII. *A quel moment doit exister la capacité de donner et de recevoir ?*

Notre code pose à ce sujet une règle qui, tout en étant plus claire et plus complète que celle de l'article 906 du code Napoléon, nous laisse encore quelques questions à déterminer. C'est celle de l'article 771 qui est en ces termes :

771. " La capacité de donner et de recevoir entre vifs se " considère au temps de la donation. Elle doit exister à chaque " époque chez le donateur et chez le donataire lorsque le don et " son acceptation ont lieu par des actes différents.

" Il suffit que le donataire soit conçu lors de la donation, ou " lorsqu'elle prend effet en sa faveur, s'il est ensuite né " viable " (*d*).

Il est donc acquis que la capacité doit exister chez le donateur et le donataire à chaque époque, lorsque le don et son acceptation ont lieu par des actes différents. Cela est logique, car la donation est un contrat, et lorsque le concours de deux volontés se produit par différents actes, le contrat n'existerait pas si chaque partie ne pouvait contracter lors de la passation de chacun de ces actes (*e*). Mais après avoir posé cette règle,

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 401.

(*b*) Le même, nº 402.

(*c*) On peut consulter comme arrêt d'espèce, quant à la simulation par interposition de personnes, la cause de *Samson* v. *Samson*, R. J. Q., 9 C. S., p. 386.

(*d*) L'article 906 du code Napoléon diffère sous plusieurs rapports de notre article. D'abord il envisage le cas de la donation entre vifs et de la donation testamentaire. Ensuite, quant à la donation, il se contente de dire, comme le deuxième alinéa de notre article 771, que pour être capable de recevoir, il suffit d'être conçu au moment de la donation, sans ajouter, comme notre code, les mots " ou lorsqu'elle prend ensuite effet en sa faveur." La question est donc controversée, en France, quand la donation et son acceptation ont lieu par des actes différents, de savoir si le donataire doit être en état de capacité lors de l'offre. Notre code règle cette question dans le sens de la plupart des auteurs.

(*e*) Nous verrons plus loin que, dans le cas du testament, le testateur doit être capable au moment de la confection du testament, le légataire

le législateur paraît se contredire en ajoutant, dans le second alinéa de l'article 771, qu'il suffit que le donateur soit conçu lors de la donation, *ou lorsqu'elle prend effet en sa faveur*, s'il est ensuite né viable. Remarquons cependant qu'il s'agit ici d'une autre hypothèse ou plutôt d'une exception à la règle qu'énonce le premier alinéa Ainsi, il est permis de donner par un contrat de mariage aux enfants à naitre du mariage (art. 818 et suiv.), et l'acceptation de cette donation se présume (art. 788) ; dans ce cas, il suffit que le donataire soit capable quand la donation prend effet en sa faveur. Même lorsqu'un tiers a été gratifié dans un contrat de mariage, le donateur ne peut révoquer la donation pour cause de non-acceptation (art. 823). Il en est ainsi en matière de substitution ; l'appelé reçoit les biens directement du substituant (art. 962), quoiqu'il ne soit pas encore né lors de la donation, mais alors la donation est acceptée par un premier donataire, le grevé, chargé de rendre à l'appelé. Sauf ces cas, le donataire doit être en état de capacité lors de l'offre et de son acceptation. C'est ce que la majorité des auteurs enseignent en France.

Mais notre article n'a pas réglé une autre question. On sait que lorsque l'acceptation n'est pas faite par la donation même, cette donation n'a d'effet que du jour où l'acceptation a été reconnue par le donateur ou qu'elle lui a été signifiée, lorsqu'il n'a pas été présent à l'acceptation (art. 787). Le donateur et le donataire doivent-ils être capables lors de la signification de l'acceptation ? La question est controversée en France. Le doute vient de ce que l'article 932 du code Napoléon dit que la donation n'a d'effet *à l'égard du donateur* que du jour où l'acte qui constatera l'acceptation lui aura été notifié. Ces expressions " à l'égard du donateur " ne se trouvent pas dans notre article 787, qui se contente de dire que si le donateur n'a pas été présent à l'acceptation, elle n'a d'effet que du jour où il l'a reconnue ou de celui où elle lui a été signifiée. La notification de l'acceptation est donc une formalité essentielle pour la perfection du contrat, et il s'ensuit que la capacité doit exister chez le donateur et le donataire lors de cette notification.

Les auteurs et notamment M. Baudry-Lacantinerie (nº 404) distinguent la capacité de *droit* et la capacité de *fait*. A

au moment du décès du testateur ou, si l'effet du legs se trouve suspendu par une condition ou si le legs est fait avec substitution, lorsque le droit est ouvert.

toutes ces époques le donateur doit être capable, et de *droit*, c'est-à-dire exempt de toute incapacité juridique, et de *fait*, c'est-à-dire sain d'esprit. Au contraire, il n'est pas nécessaire que le donataire soit capable de *fait*, à aucune de ces époques, mais il doit être capable de *droit*. C'est ainsi qu'on peut faire une donation à un interdit pour démence, et cette donation sera valablement acceptée par ses représentants légaux ; au contraire, le mineur, devenu majeur, ne peut donner à son ancien tuteur qui n'a pas rendu compte, bien que ce dernier jouisse de la capacité de *fait*.

Une question sur laquelle on ne s'entend pas en France, c'est de savoir si la règle *media tempora non nocent*, s'applique en matière de donation, comme il n'est pas douteux qu'elle doit être suivie lorsqu'il s'agit d'un testament. En d'autres termes est-il nécessaire, quand l'offre et son acceptation ont lieu par des actes différents, que le donateur et le donataire soient capables dans l'intervalle de temps qui sépare les deux actes ? Mourlon (nº 589 *quinquies*), sur l'autorité de Pothier (*a*), décide que la capacité doit exister pendant tout cet intervalle, et tel est le sentiment de Demolombe, t. 18, nº 701 ; Laurent, t. 11, nº 377 ; Aubry et Rau, t. 7, § 650, p. 42 ; et de Huc, t. 6, nº 117 (*b*).

Ainsi, suivant cette opinion, si le donateur, capable au moment de la donation, a été ensuite interdit, puis relevé de l'interdiction, l'acceptation, venant après l'interdiction, ne pourra plus se faire validement, même postérieurement au jugement de mainlevée. Notre article 771, qui dit que la capacité de donner et de recevoir entre vifs se *considère* au temps de la donation, et ajoute qu'elle doit *exister* à chaque époque chez le donateur et chez le donataire lorsque le don et son acceptation ont lieu par des actes différents, pourrait, peut-être, être invoqué en faveur de l'opinion contraire, mais il y aurait à l'encontre de cette disposition celle de l'article 791, qui veut que l'acceptation se fasse pendant que le dona-

---

(*a*) Introd. au tit. XV de la coutume d'Orléans, nº 41. Cet auteur dit que lorsque l'acceptation de la donation se fait *ex intervallo*, il faut que le donateur ait *conservé*, jusqu'au temps de l'acceptation, le pouvoir et la volonté de faire au donataire la donation qu'il lui a faite, ce qui se présume tant que le contraire ne paraît pas.

(*b*) *Contra*, voy. Demante, t. 4, nº 17 *bis*, VII et aussi M. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, nº 404, *Donations*, t. 1er, nº 615, qui reconnaît cependant que les auteurs se prononcent généralement pour le système contraire.

teur *conserve* la capacité de donner. J'adopterais donc sur ce point la solution de la majorité des auteurs.

§ VIII.—*De la suggestion et de la captation.—De la donation de la chose d'autrui.*

Il est question dans ce chapitre de deux causes de nullité des donations, qui ne se rattachent pas directement à la question de capacité. La suggestion et la captation sont des vices du consentement. La donation de la chose d'autrui est nulle, non pas parce que le donateur n'a pas la capacité de donner mais pour la raison toute simple que pour disposer d'une chose il faut en être propriétaire, et le législateur n'en parle ici que pour admettre l'exception qu'il consacre en matière de vente et valider la donation si le donateur devient plus tard propriétaire de la chose donnée. De même, quant à la captation et à la suggestion, il n'en est question ici que parce que le législateur voulait abroger des présomptions qui existaient dans l'ancien droit. Je dirai donc quelques mots de ces deux causes de nullité.

I. De la suggestion et de la captation.—Ce moyen de nullité est, dans la pratique, invoqué plus souvent contre les testaments que contre les donations entre vifs, car le testament se faisant dans le secret et n'étant connu qu'après le décès du testateur, les artifices et les ruses y ont plus libre jeu, et, partant, on y a plus souvent recours. Mais ces artifices sont à redouter à l'égard de toute libéralité, qu'elle se fasse entre vifs ou à cause de mort, et ils peuvent entraîner sa nullité dans un cas comme dans l'autre : car il importe que celui qui donne soit libre, et que la donation qu'il fait procède d'une volonté réfléchie.

Pothier définissait la *suggestion* en ces termes : " Une " volonté est *suggérée*, lorsque le testateur (ou le donateur) " a voulu faire les dispositions qu'il a faites dans la vue de " se délivrer des importunités de ceux qui l'y portaient " (*a*). Et suivant M. Baudry-Lacantinerie (nº 374), la *captation* consiste à s'emparer de la bienveillance d'une personne, et à obtenir d'elle des libéralités déterminées par l'attachement qu'on parvient à lui inspirer.

Pas plus que dans le cas des testaments, le législateur ne range la suggestion et la captation parmi les causes de nullité

(*a*) *Donations testamentaires*, ch. II, sec. II, art. 7.

des donations. Il n'y avait, en effet, pas besoin d'une disposition expresse pour décréter cette nullité. Car la suggestion et la captation n'entraînent la nullité d'une libéralité qu'autant que le donataire a joint la fraude à l'indélicatesse; si la suggestion ou la captation a été pratiquée par des moyens licites, la libéralité ne pourra pas être annulée (*a*). Or la fraude est une cause de nullité de tout contrat, qu'il soit à titre gratuit ou à titre onéreux (art. 991).

Nous pouvons donc nous aider de la disposition de l'article 993, et dire que la suggestion ou la captation entraînera la nullité de la donation, si les manœuvres frauduleuses pratiquées par le donataire sont telles que, sans cela, le donateur n'aurait pas consenti la libéralité. Mais comme nous l'avons vu, il n'est pas défendu de suggérer ou de capter une libéralité par des moyens licites. Ainsi, il ne suffirait pas que le donataire se fût borné à faire l'étalage de sa misère, même en l'exagérant beaucoup, ou à s'emparer de la bienveillance du donateur à force de prévenances même intéressées. Mais le dol existera et la captation ou la suggestion deviendra cause de nullité, si, par exemple, le donataire a calomnié les héritiers présomptifs du donateur, ou si, par de détestables artifices, il a irrité le donateur contre ses parents, dans le but de se faire donner ce qui aurait dû légitimement leur revenir (*b*).

Cependant, en parlant de la suggestion et de la captation dans ce chapitre, le législateur, je l'ai dit, voulait surtout empêcher les héritiers du donateur d'invoquer une présomption que l'expérience a démontré être le plus souvent injuste et illogique. A cause des relations intimes qui existent entre le prêtre ou autre ministre du culte et ses ouailles, ou bien entre un malade et les médecins ou autres qui le soignent en vue de sa guérison, ou enfin entre l'avocat et son client, et de l'influence que ces personnes peuvent acquérir sur l'esprit de ceux à l'égard desquels ils exercent leur ministère, l'ancien droit avait imaginé une présomption légale de suggestion, et le droit français moderne, imbu des mêmes préventions, a conservé la même disposition. Nos codificateurs, trouvant cette présomption injurieuse, n'ont pas hésité à l'abroger dans le cas des donations, d'autant plus qu'on ne pouvait, depuis le commencement de ce siècle, par suite du principe de la liberté illimitée de tester, l'invoquer dans le cas d'un testament.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 374.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *loco citato*.

D'ailleurs, comme ils le font remarquer, on ne donne aucun privilège à ces personnes, mais on s'abstient seulement à les exclure de l'opération du droit commun.

L'article 769, qui est de droit nouveau, pose donc la règle suivante :

769. " Les donations entre vifs faites par un donateur au " prêtre ou ministre du culte qui exerce auprès de lui la direc- " tion spirituelle, aux médecins ou autres qui le soignent en " vue de guérison, ou aux avocats et procureurs qui ont pour " lui des procès, ne peuvent être mises de côté par la seule pré- " somption de la loi, comme entachées de suggestion et de " défaut de consentement. Les présomptions, dans ces cas, " s'établissent par les faits comme dans tous autres (*a*)."

Dans l'article 16 du projet de ce titre, les codificateurs énoncent, comme c'était leur devoir, la doctrine du droit ancien sur ce sujet. D'après cet article, les donations entre vifs faites au prêtre ou ministre du culte qui exerçait la direction spirituelle du donateur, aux médecins et autres qui le soignaient en vue de guérison, aux avocats et procureurs qui avaient pour lui des procès importants, étaient réductibles lorsqu'elles était considérables, eu égard néanmoins aux rapports de parenté et des services et aux autres circonstances.

C'était là une extension que la jurisprudence française avait apportée aux dispositions de l'ordonnance de 1539 et de l'article 276 de la coutume de Paris, et l'article 16 du projet de ce titre ne fait que résumer la doctrine enseignée par Pothier sur ce sujet (*Donations*, éd. Bugnet, t. 8, nº 38), comme résultant de la jurisprudence des arrêts (*b*). Le droit français moderne a conservé ces incapacités ; l'article 909 du code Napoléon rend donc incapables de recevoir, soit par donations, soit par testaments, les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens relativement aux personnes qu'ils ont traitées dans la maladie dont elles sont mortes. Mais on excepte : 1º les dispostions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ; 2º les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que

(*a*) L'article 839 renferme une disposition semblable quant aux testaments.

(*b*) Dans le cas du confesseur, cette incapacité s'étendait même à la communauté dont il était membre et à celles du même ordre. Pothier. *loc. cit.*

le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même au nombre de ces héritiers. Le même article étend ces incapacités aux ministres du culte, mais il n'y est pas question des avocats ou avoués.

Donc, à la différence du droit français ancien et moderne, il n'y a pas dans notre droit de présomption légale de suggestion. Celui qui attaque la disposition doit partant faire la preuve de ses allégations, et toute considérable qu'elle est, en l'absence de cette preuve la donation devra être maintenue. Quelles que fussent donc les relations qui unissaient le donateur au donataire et l'influence qu'elles donnaient à celui-ci, il n'y aura qu'à appliquer les principes du droit commun qui régissent la preuve.

II. De la donation de la chose d'autrui.—L'article 773 pose le principe que " la donation entre vifs de la chose d'autrui est " nulle ; elle est cependant valide si le donateur en devient " ensuite propriétaire."

Cet article ne se trouve pas dans le code Napoléon, mais il n'en résulte pas que la donation de la chose d'autrui soit valide dans le droit français moderne ; au contraire, sa nullité ne peut être mise en doute. La seule question qu'on discute en France—et peu d'auteurs en parlent—c'est de savoir si cette donation est radicalement nulle ou seulement annulable. Un arrêt de Liège du 29 mai 1869 (*a*) a jugé que la donation de la chose d'autrui, à la différence de la vente, est radicalement nulle et de nul effet, parce que le donateur ne se dessaisit de rien, mais cette décision a été critiquée comme manquant de base juridique (*b*). Cependant il me paraît très douteux qu'on accueille, dans le droit français moderne, le tempérament que notre article admet au cas où le donateur devient, subséquemment à la donation, propriétaire de la chose donnée.

Les codificateurs disent que notre article 773 énonce une règle de droit non contestée. Quant à la première partie de l'article cette observation est fondée, mais il me semble que la validation de la donation, par suite de l'acquisition par le donateur de la chose donnée, exigeait plus d'explication. Les

(*a*) Pasicrisie 1870. 2. 404.

(*b*) Voy. Laurent, t. 12, nº 363 ; Pandectes françaises, vº *Donations entre vifs et testamentaires*, nº 4730 ; Pandectes belges, vº *Donations entre vifs*, nº 333 et suiv.

codificateurs citent à l'appui de l'article 773 les autorités suivantes : Guyot, Répertoire, v° *Donation*, p. 173 ; Thevenot-Dessaules, *Dictionnaire du digeste*, v° *Donation*, n°s 17 et 20 ; et Pothier, *Donations*, éd. Bugnet, t. 8, n°s 134 et 135. Ce dernier auteur pose le principe que la donation de la chose d'autrui, ne dépouillant le donateur d'aucun droit et ne l'obligeant pas à la garantie de la chose, est sans effet à son égard. Il dit que, puisque le donateur n'est pas tenu à la garantie, le vrai propriétaire de la chose donnée, quoiqu'il soit devenu l'héritier du donateur, ne laisse pas d'être recevable à la revendiquer de son chef ; car sa qualité d'héritier du donateur ne l'oblige pas à faire cesser cette demande, puisque le donateur lui-même, s'il vivait, ne serait pas obligé à la faire cesser. Pothier ajoute, cependant, que le donateur, s'il devenait l'héritier du propriétaire de la chose donnée, ne serait pas recevable à la revendiquer contre le donataire, " car s'il ne s'oblige pas à la garantie de " la chose, s'il ne s'oblige pas *præstare habere licere*, au moins " il s'oblige *per se non fieri quominus habere liceat*. Il n'a " pas pu, à la vérité, transférer au donataire un droit en la " chose donnée, qu'il n'avait pas encore ; mais il a pu, et il " doit être censé avoir voulu renoncer, en faveur du donataire, " à tous les droits qui pourraient un jour lui appartenir dans " cette chose." Les autres autorités citées par les codificateurs n'ajoutent rien à cette exposition de doctrine.

Remarquons cependant que Pothier ne pose seulement pas la question que le législateur résout affirmativement dans la dernière partie de l'article 773. Il discute la question tout autre de savoir si le donateur, qui acquiert la chose après en avoir disposé par donation, peut évincer le donataire ; et il lui nie l'action en éviction, non pas parce que la donation aurait été validée par cette acquisition, mais parce que le donateur, en faisant la donation, s'est au moins obligé à ne pas priver le donataire de cette chose par son propre acte. En un mot, il se demande si le donateur est garant du donataire au point de ne pouvoir l'évincer malgré la nullité de la donation, et, quoiqu'il n'y trouve pas une obligation de garantie proprement dite, il enseigne que le donateur ne peut, à raison de la renonciation que la donation implique, troubler la possession que le donataire a pu prendre de la chose donnée. Et c'est tellement là une renonciation toute personnelle de la part du donateur, que Pothier accorde l'action en éviction au véritable propriétaire qui deviendrait l'héritier du donateur, conséquence peut-

être un peu risquée, mais qui explique bien la portée de ce passage (*a*).

On peut rapprocher de la disposition de l'article 773, celles des articles 1487 et 1488. En effet, l'article 1487 dit que " la " vente de la chose qui n'appartient pas au vendeur est nulle, " sauf les exceptions contenues dans les trois articles qui " suivent." Et l'article 1488 ajoute que " la vente est valide... " si le vendeur devient ensuite propriétaire de la chose " (*b*).

Les codificateurs ont donc, quant à la chose d'autrui, assimilé la donation à la vente. Or cette assimilation peut être critiquée, car les choses futures peuvent être vendues ; elles ne peuvent, au contraire, faire l'objet d'une donation entre vifs, sauf par contrat de mariage.

En effet, l'article 778 dit formellement que l'on ne peut donner que les biens présents par acte entre vifs, et par *biens présents*, il faut entendre les biens qui figurent dans le patrimoine du donateur au moment de la donation. Ainsi, serait nulle la donation d'une chose que le donateur se propose d'acquérir (*c*). Or, qu'est ce que cette chose sinon le bien d'autrui ?

Il en est différemment dans le cas de la vente. Il n'est pas nécessaire que la chose vendue figure actuellement dans le patrimoine du vendeur. La vente est bien de sa nature un contrat translatif de propriété, mais ce caractère n'est pas de son essence, et le vendeur peut très bien s'engager à procurer à l'acheteur la propriété d'une chose qu'il ne possède pas encore. Et pour cette raison, bien que la vente de la chose d'autrui soit nulle, il était logique de décider que cette vente serait valide si le vendeur devenait propriétaire de la chose, car on présume qu'il a entendu procurer cette chose à l'acheteur et que c'est dans ce but qu'il l'a acquise.

Mais tel n'est pas le caractère de la donation entre vifs. Il est de l'essence de ce contrat que le donateur se dessaisisse actuellement de la chose donnée (art. 777), et comment peut-il s'en dessaisir s'il n'en est pas propriétaire ? Le donateur ne peut donc, en principe, s'engager à procurer au donataire une

(*a*) Aussi est-ce en rapport avec la question de garantie que l'on cite ce passage en France : voy. notamment Demolombe, t. 20, nº 553, et Laurent, t. 12. nºs 391 et suiv. Aucun auteur n'y voit une admission de la validité de la donation de la chose d'autrui lorsque le donateur en fait plus tard l'acquisition.

(*b*) Ces deux articles sont conformes au texte et à l'interprétation de l'article 1599 du code Napoléon.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 485.

chose qu'il ne possède pas encore, car alors il ne se dessaisirait pas au moment de la donation, il ne disposerait pas d'un bien présent ; il donnerait un bien à venir. Si la donation de la chose d'autrui devient valide du moment que le donateur acquiert la propriété de cette chose, alors il serait permis de disposer par donation entre vifs de choses qu'on se propose d'acquérir, de biens futurs. De plus, la validité de la donation dépendrait de la volonté et du caprice du donateur, qui peut ne pas acquérir la chose qu'il a prétendu donner, ce qui serait une violation du principe consacré par les articles 782 et 783.

Je crois donc, étant donnés les principes qui régissent les donations, que les codificateurs ont eu tort d'assimiler la donation de la chose d'autrui à la vente de cette chose. Cependant, comme la loi est formelle, il n'y a qu'à se conformer à la volonté du législateur et à accepter la doctrine qu'il consacre, mais il en résultera un peu de confusion dans l'explication de la nature et des effets de la donation entre vifs.

Je puis ajouter que dans la cause de *Boucher* v. *Bosquet* (M. L. R., 5 S. C., p. 11), le juge Tellier a maintenu une donation de biens meubles appartenant à autrui, pour le motif que le donateur était devenu, après la donation, héritier du propriétaire de ces meubles.

SECTION DEUXIÈME.—DE LA FORME DES DONATIONS ET DE LEUR ACCEPTATION.

A prendre cette rubrique au pied de la lettre, il ne serait question, dans cette section, que de la forme des donations et de leur acceptation. Pourtant le législateur y a introduit d'autres matières qui se rattachent au fond plutôt qu'à la forme des donations. Ainsi, il y est question du dessaisissement du donateur, de l'irrévocabilité de la donation entre vifs, des biens qui peuvent en faire l'objet, des modalités sous lesquelles les donations peuvent être faites, du droit de retour conventionnel, et des dettes qui peuvent être mises à la charge du donataire. En somme, toute la classification de ce chapitre est défectueuse (*a*). Cependant, je crois qu'il vaut mieux la suivre, que de

(*a*) Dans le code Napoléon le chapitre *Des donations* est divisé en deux sections : 1° *De la forme des donations entre vifs ;* 2° *Des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs.* Dans notre code, outre la section qui précède et celle-ci, il y a une troisième section qui traite de l'effet des donations entre vifs, une quatrième qui parle de l'enregistrement des donations, une cinquième où il est question de la révocation

refondre tout le chapitre en vue d'en trouver une meilleure, ce qui pourrait jeter quelque confusion dans l'esprit du lecteur habitué à consulter le texte du code. A l'aide de sous titres, j'essayerai de parer autant que possible à ce que la rubrique officielle a d'insuffisant.

§ I.—*La donation est un contrat solennel.*

Suivant le droit commun, les contrats se forment par le seul consentement des parties ; ce consentement est le principe vivifiant du contrat et dès que les volontés concourent, le contrat existe. Ainsi je vous offre de vous vendre ma terre pour tel prix et vous acceptez mon offre. La vente est parfaite et il ne s'agit que de l'exécuter. Par l'acceptation de mon offre, vous êtes devenu le propriétaire de cette terre et vous vous êtes engagé à m'en payer le prix convenu. Peu importe que nous ayons ou que nous n'ayons pas dressé un écrit de cette vente : en l'absence d'un acte, on pourra recourir à la preuve même testimoniale, si la vente est de celles qui peuvent se prouver par témoins.

L'utilité de l'acte qui constate le contrat, n'est donc pas de donner existence à ce contrat, que le consentement des parties a fait naître, mais uniquement d'en fournir la preuve. Cet acte peut être authentique ou sous seing privé, sauf toujours la question de preuve.

Tels sont les principes qui régissent les contrats dits *consensuels*, parce qu'ils résultent du seul consentement des parties, sans qu'aucune solennité soit requise.

Mais il est d'autres contrats qu'on appelle *solennels*, parce que le consentement des parties doit revêtir certaines formes exigées à peine de nullité. Le contrat se forme bien par le consentement des parties, mais ce consentement ne peut être légalement manifesté qu'autant qu'on a suivi les formes prescrites par la loi. Et l'écrit, dans ce cas, n'est pas seulement un moyen de preuve, c'est un élément constitutif du contrat, lequel, sans cet élément essentiel, n'a aucune existence.

Prenons, par exemple, le contrat de donation. C'est un contrat solennel. " Les actes portant donation entre vifs," dit le premier alinéa de l'article 776, " doivent être notariés et

des donations, et enfin une sixième consacrée aux donations par contrat de mariage.

" porter minute, à peine de nullité. L'acceptation doit avoir lieu " en la même forme " (*a*).

Donc, il ne suffit pas que les volontés concourent. Exprimées autrement que dans la forme notariée, ces volontés sont vaines et le contrat est mort-né. Ainsi, quand même il serait établi par l'aveu des parties qu'il y a eu offre d'un immeuble d'un côté et acceptation de l'autre, quand même cette offre et cette acceptation seraient constatées par un écrit sous seing privé portant les signatures des parties, on ne pourra forcer le donateur à livrer l'immeuble au donataire. Ne s'étant pas obligé par acte notarié, il ne s'est obligé d'aucune manière. Il peut rétracter son offre qui, à vrai dire, n'existe pas aux yeux de la loi. C'est la conséquence bien évidente de l'article 776.

Mais il y a des exceptions à ce principe, comme nous le verrons, et certaines donations sont dispensées des règles de la solennité et n'exigent même pas un écrit.

§ II.—*Des formes auxquelles est soumise la validité de la donation.*

I. La donation doit être passée par acte devant notaire et porter minute.—La donation étant un contrat solennel, il est important de bien expliquer la forme qu'elle doit revêtir, puisque, ici, la forme l'emporte sur le fond. Du reste ce n'est que la forme de l'acte qui est sacramentelle, les paroles par lesquelles la donation se fait n'ont pas de formule obligée.

L'article 776 exige que l'acte de donation soit notarié et qu'il porte minute.

Il doit donc être passé devant un notaire qui dresse acte de l'offre et de l'acceptation.

Cet acte est rédigé dans la forme ordinaire des actes notariés, laquelle est réglée par l'article 1208 du code civil et par l'article 3645 des statuts refondus de la province de Québec, tels que modifiés par la loi 56 Vic., ch. 39. Sauf dans le cas des testaments, l'acte notarié reçu devant un seul notaire est authentique, s'il est signé par toutes les parties. Si les parties ou l'une d'elles sont incapables de signer, il est nécessaire,

(*a*) Ce premier alinéa de l'article 776 est au même effet que l'article 931 du code Napoléon, sauf que ce dernier article ne parle pas des formes de l'acceptation. Il en est toutefois question dans l'article 932 du même code, qui exige que l'acceptation faite par un acte distinct soit en forme authentique et porte minute.

pour que l'acte soit authentique, que le consentement donné à l'acte, pour chaque partie qui ne sait ou ne peut signer, soit reçu en la présence d'un témoin qui signe. Ces témoins peuvent être de l'un ou de l'autre sexe et doivent être âgés d'au moins vingt et un ans, sains d'esprit, et ne doivent pas être intéressés dans l'acte, ni morts civilement, ni réputés infâmes en loi. Il y a des exceptions à cette règle, notamment quant aux notifications, sommations, protêts et significations (art. 1209 C. C.), aux hypothèques sur navires en voie de construction (art. 2375, 2380) et aux testaments. Nous aurons plus loin à nous occuper de la forme du testament authentique. Il me suffira de dire que ce testament doit être reçu devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins. En France, l'acte notarié exige toujours la présence de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins. La donation entre vifs pourra donc être passée devant un seul notaire, sauf le cas où l'une des parties ne peut signer, alors qu'un témoin est exigé.

L'acte de donation doit de plus être dressé en minute, et cette minute reste entre les mains du notaire qui ne doit pas s'en dessaisir. On appelle *minute* l'original d'un acte notarié parce que autrefois il était *minuté*, c'est-à-dire écrit en petits caractères, à la différence de la copie que l'on écrivait en grosses lettres, d'où son ancien nom de *grosse*. Il n'est plus d'usage, en ce pays, de différencier l'écriture de l'original et de la copie d'un acte (*a*).

Cette minute permettra d'assurer l'irrévocabilité de la donation en diminuant les chances de destruction de l'acte. La loi a rangé la donation parmi les contrats solennels, afin de donner au donateur, en le soumettant à toutes ces formalités, le temps nécessaire pour la réflexion ; mais lorsque le contrat a été passé, il convient d'en assurer la conservation, puisqu'il est irrévocable.

Je puis indiquer ici quelques arrêts sur la nécessité de l'acte notarié en matière de donations.

Dans la cause de *Raiche* v. *Alie* (1 R. L., p. 77), feu le juge T. J. J. Loranger a maintenu un acte de donation, bien que le notaire instrumentant, à cause de l'affaiblissement de sa vue, ne pouvait plus écrire, si ce n'est pour signer son nom.

(*a*) On emploie également le mot *minute* comme l'opposé de *brevet*. Un acte est en brevet, lorsque le notaire remet l'original lui-même aux parties. Les protêts de lettres de change, billets, etc., sont rédigés en brevet.

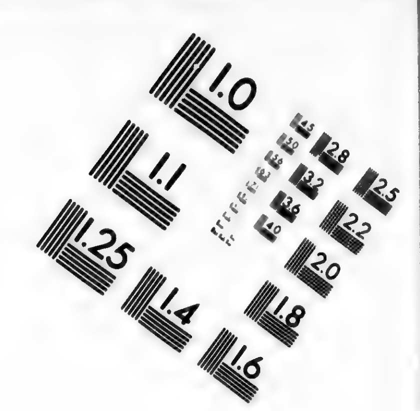
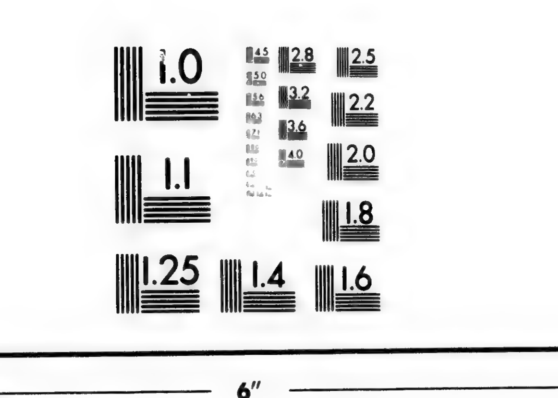


IMAGE EVALUATION
TEST TARGET (MT-3)



6″



La cour de revision à Québec a jugé, dans la cause de *Rodrique* v. *Roy* (15 Q. L. R., p. 116), que la donation d'un droit de servitude doit être faite par acte notarié (*a*).

La même cour à Montréal a prononcé la nullité d'une donation verbale d'immeubles, mais a décidé que lorsque le donataire s'était mis en possession de l'immeuble en vertu de la promesse de donation qu'on lui avait faite, il se trouvait possesseur de bonne foi et pouvait réclamer ses impenses contre une action en éviction : *Montgomery* v. *McKenzie* (M. L. R., 6 S. C., p. 469).

Dans la cause de *Turriff* v. *La compagnie de chemin de fer Québec Central* (R. J. Q., 2 B. R., p. 559), la cour d'appel a jugé que l'aliénation d'un immeuble pour un usage particulier qui doit procurer un avantage matériel au propriétaire qui aliène, quoique faite pour un prix nominal, lequel n'avait pas été payé, n'est pas une donation sujette aux formalités de l'article 776, mais un contrat synallagmatique, *do ut facias*. Dans l'espèce il s'agissait de la donation d'un terrain à une compagnie de chemin de fer, le vendeur se réservant le droit d'extraire de l'amiante de ce terrain. La compagnie avait besoin du terrain pour exploiter sa ligne, et le vendeur avait besoin du chemin de fer pour exploiter sa mine.

Dans la cause de *Côté* v. *La corporation de Notre-Dame de Victoire* (R. J. Q., 5 C. S., p. 480), le juge Andrews a décidé qu'une offre verbale, faite à une séance d'un conseil municipal, du terrain requis pour l'ouverture d'une route, et l'acceptation de cette offre par une résolution du conseil, ne donne pas à la corporation le droit de s'emparer de ce terrain sans l'exproprier, et que telle offre peut être révoquée tant qu'elle n'a pas été formellement acceptée par règlement.

Dans la cause de *Scanlan* v. *Smith* (R. J. Q., 6 C. S. p. 58), il s'agissait d'une promesse verbale faite par McCready, possesseur d'une grande fortune, de payer une pension alimenmentaire à sa belle-sœur, pour l'empêcher de tenir une maison de pension et parce qu'il avait promis à son frère mourant de pourvoir à ses besoins. Les livres de McCready constataient qu'il avait régulièrement payé cette pension pendant sa vie. Dans ces circonstances, la cour de revision à Montréal, a jugé que telle promesse ne constituait qu'une simple obligation,

---

(*a*) Ce jugement a été infirmé en appel, 15 Q. L. R., p. 191, mais le principe affirmé par la cour de revision n'a pas été mis en doute par la cour d'appel et ne pouvait l'être.

ayant une cause légale, et non une donation assujettie aux formes de l'article 776.

II. Des formes et conditions auxquelles la validité de l'acceptation est subordonnée.—Posons d'abord le principe que, puisque la donation constitue un contrat, elle ne sera complète que lorsque le donataire l'aura acceptée. A cet effet, l'article 787 porte que " la donation entre vifs n'engage le donateur et ne pro- " duit d'effet qu'à compter de l'acceptation. Si le donateur " n'a pas été présent à cette acceptation, elle n'a d'effet que du " jour où il l'a reconnue, ou de celui où elle lui a été signifiée "(*a*). Ainsi donc, point de donation sans acceptation. Notre jurisprudence a fait plusieurs applications de ce principe. Dans la cause de *Grenier* v. *Leroux* (1 L. N., p. 231), la cour de revision a jugé qu'une stipulation d'un acte de donation en faveur d'un tiers peut être révoquée par le donateur, même sans le consentement du donataire qui n'y a pas intérêt, tant que le tiers n'en a pas signifié son acceptation (*b*). Le juge Meredith a décidé, dans une cause de *Walsh* v. *The Union Bank* (5 Q. L. R., p. 289), que la donation qu'un père avait prétendu faire d'actions dans le fonds capital d'une banque, par un écrit entré dans les livres de la banque, transportant ces actions de son nom personnel à son nom en fidéicommis (*in trust*) était nulle faute d'acceptation. Dans la cause de *Drouin* v. *Provencher* (9 Q. L. R., p. 179), il a été jugé par la cour de revision, à Québec, que l'acceptation d'une chose mobilière signifiée, du vivant du donateur, par le donataire au mandataire qui l'a reçue pour la lui remettre, change la possession de celui-ci qui ne la détient plus, de ce moment, que comme mandataire du donataire, et rend la donation complète et irrévocable ; qu'après cette signification d'acceptation, le donataire a une action contre le mandataire pour le forcer à lui remettre la chose donnée (*c*).

(*a*) Cet article correspond à l'article 932 du code Napoléon, mais ce dernier article en diffère essentiellement en ce qu'il exige que l'acceptation soit faite *en termes exprès ;* nous verrons dans un instant que depuis le code, cette solennité de l'énonciation de l'acceptation n'est plus nécessaire.

(*b*) Cependant le droit du tiers, gratifié par l'imposition d'une charge au donataire, de réclamer, en l'absence d'acceptation, la libéralité qui lui est faite, a été reconnu dans les causes de *Charlebois* v. *Cahill* (20 L. C. J., p. 27) et de *Paré & Paré* (3 D. C. A., p. 359).

(*c*) On trouvera l'application de ces principes dans les causes de *Lalonde* v. *Martin* (6 L. C. R., p. 51) et de *Smith & Davis* (R. J. Q., 2 B. R., p. 109).

L'acceptation complétant le contrat de donation doit revêtir la même forme que l'offre lorsque les deux se font par des actes différents. Elle doit donc être faite par acte notarié portant minute et cela à peine de nullité, ainsi que le dit l'article 776. Mais la notification de l'acceptation ou la reconnaissance qu'en fait le donateur doit-elle, comme l'acceptation elle-même, être constatée par acte devant notaire ? La question est controversée en France (*a*). Pour la notification, j'éprouverais moins de difficulté à exiger la forme authentique, car c'est une formalité essentielle de la donation, quand l'acceptation se fait hors de la présence du donateur, et c'est par cet acte que se complète le concours des deux volontés, que ces volontés se touchent ; c'est une partie de l'acceptation. Mais puisque la loi n'exige pas cette notification lorsque le donateur a reconnu l'acte d'acceptation, il me semble qu'on devrait se contenter d'une preuve écrite même non authentique de cette reconnaissance. Ainsi, le donateur a exécuté la donation en servant au donataire les versements d'une rente viagère ; il a écrit au donataire pour accuser réception d'une copie non signifiée de l'acte d'acceptation : je ne vois pas pour quelle raison cette reconnaissance serait insuffisante (*b*).

Donc l'acceptation est solennelle en ce sens qu'elle doit se faire par acte authentique. Faut-il aller plus loin et exiger qu'elle soit énoncée en termes exprès ?

Selon le droit romain, il n'était pas nécessaire que l'acceptation fût faite en termes formels ; elle pouvait se suppléer par équipollence et résulter des circonstances, et parmi ces circonstances on rangeait la prise de possession par le donataire de la chose donnée. Mais l'ancien droit français rejeta cette acceptation par équipollence, il voulut que le donataire déclarât en termes formels qu'il acceptait la donation, et même sa présence et sa signature à l'acte, sans cette expression formelle de sa volonté, ne faisaient pas présumer l'acceptation. Tel est encore le principe qui régit l'acceptation dans le droit français moderne (art. 932 C. N.).

Les codificateurs ont modifié cette jurisprudence sans s'en expliquer. En effet, l'article 788, dont le premier alinéa est de droit nouveau, énonce en ces termes une règle qui se rapproche beaucoup de celle du droit romain :

(*a*) Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 932 C. N., nº 11.

(*b*) J'ai dit plus haut, p. 50, que la capacité doit exister chez le donateur et le donataire au moment de la notification de l'acceptation.

788. " Il n'est pas nécessaire que l'acceptation d'une dona-
" tion soit en termes exprès. Elle peut s'inférer de l'acte
" ou des circonstances. La présence du donataire à l'acte et
" sa signature sont au nombre de celles qui peuvent la faire
" inférer.

" L'acceptation se présume en un contrat de mariage tant à
" l'égard des époux que des enfants à naître. Dans la dona-
" tion de biens meubles, elle se présume aussi de la délivrance."

Il reste donc acquis que l'acceptation peut être tacite et la déclaration formelle du donataire qu'il accepte la libéralité, qu'aucune bonne raison ne justifiait d'ailleurs, n'est pas nécessaire ; sa présence à l'acte et sa signature suffiront (*a*).

Mais peut-on aller plus loin et dire que le donataire qui n'a pas comparu à l'acte de donation, pourra signifier son acceptation en prenant possession de la chose donnée ? C'était, nous l'avons vu, la doctrine du droit romain qui admettait l'acceptation par équipollence, et, à première vue, à la lecture de l'article 788, on serait porté à conclure que le législateur a voulu consacrer le même principe. En effet, notre article dit que l'acceptation " peut s'inférer de l'acte *ou des circonstances.*" Il semblerait donc que l'acceptation pourrait résulter de circonstances en dehors de l'acte, et quelle circonstance serait plus concluante que la prise de possession du donataire ? Si ce texte était isolé, cette conclusion s'imposerait, mais s'il faut lui donner ce sens, il contredit formellement la disposition de l'article 776, qui dit que l'acceptation doit avoir lieu en la même forme que l'acte portant donation, c'est-à-dire en forme d'acte notarié. Et l'article 787 veut, lorsque le donateur n'a pas été présent à l'acceptation et qu'il ne l'a pas reconnue, que cette acceptation lui soit signifiée. Il s'agit évidemment d'un acte d'acceptation et non d'un fait, car comment s'y prendrait-on pour signifier un fait ? L'acceptation fait partie de la donation, c'est grâce à elle que le concours des volontés se produit, et il est clair que si la volonté du donateur ne peut s'énoncer que par un acte authentique, celle du donataire ne saurait revêtir une autre forme. S'il y avait contradiction, donc, je ferais prévaloir, sur l'article 788, la disposition expresse des articles 776 et 787, car la solennité de la forme de la donation entre vifs est l'un

(*a*) Il s'agit bien entendu de l'acte même de donation ; si l'acceptation se fait par un acte subséquent, le donataire devra s'en expliquer formellement, autrement cet acte n'aurait pas de sens.

des principes fondamentaux de ce titre; c'est le cas de dire *forma dat esse rei.* Mais je crois que le législateur a voulu dire que l'acceptation peut s'inférer de l'acte et des circonstances de cet acte; elle ne saurait donc résulter d'un fait et notamment de la prise de possession par le donataire de la chose donnée.

Cette décision, bien entendu, se restreint aux cas où il y a lieu d'appliquer la règle générale de la solennité de la donation. Quand il s'agit de meubles qui sont délivrés au donataire, la forme authentique n'étant pas requise pour la donation ne l'est donc pas pour l'acceptation. Par conséquent, comme le déclare d'ailleurs d'une manière formelle l'article 788, la délivrance du meuble au donataire fera présumer l'acceptation de ce dernier.

L'article 788 ajoute que l'acceptation se présume en un contrat de mariage tant à l'égard des époux que des enfants à naître. Cette règle se conçoit; les époux sont présents à l'acte et le signent, ce qui, aux termes du premier alinéa de notre article, fera inférer leur acceptation de la donation qui leur est faite. Et quant aux enfants à naître, l'acceptation de leurs père et mère emporte la leur. Les tiers qui sont gratifiés par le contrat de mariage devront accepter eux-mêmes (voyez cependant l'article 823).

III. Par quels actes et à quelle époque l'acceptation peut se faire.— Bien que l'acceptation se fasse ordinairement par l'acte même de donation, nous avons vu qu'il n'est pas nécessaire que le concours des volontés du donateur et du donataire se produise par le même acte. L'acceptation peut donc être subséquente à l'acte (art. 793), mais, nous l'avons ajouté, il faut, à peine de nullité, que l'acte d'acceptation soit notarié, quand la donation elle-même doit l'être, et que cet acte soit reconnu par le donateur ou lui soit signifié. Nous savons donc par quels actes l'acceptation se fait, voyons maintenant à quelle époque elle peut se produire.

Il n'est pas nécessaire de revenir sur une question résolue plus haut, p. 49, et de se demander si le donateur doit être en état de capacité lors de l'acceptation. Nous avons vu qu'il faut qu'il soit non seulement capable à ce moment, mais qu'il ait *conservé* sa capacité jusqu'à la signification de l'acceptation. Les deux parties doivent être capables, le donateur de disposer, le donataire de recevoir lors de l'offre, lors de l'acceptation et lors de la signification de cette accep-

tation. Donc l'acceptation sera nulle si, même au moment de sa signification, le donateur a perdu la capacité de donner; elle le sera également si, capable à ce moment, il n'avait pas joui de cette capacité pendant tout le temps écoulé depuis l'offre qu'il a faite au donataire.

Il suit de là que l'acceptation ne peut se faire après la mort du donateur. En effet, l'article 791 porte que "l'acceptation "peut être faite postérieurement à l'acte de donation; elle "doit l'être cependant du vivant du donateur et pendant qu'il "conserve la capacité de donner."

Il en est de même du donataire, il doit être en état de capacité lors de l'acceptation. Cette acceptation ne peut donc se faire par ses représentants après sa mort. C'est ce que l'article 794 déclare en ces termes: "La donation ne peut "être acceptée après le décès du donataire par ses héritiers "ou représentants." La raison bien évidente de cette disposition, est que le donateur a voulu gratifier le donataire et non pas ses héritiers. Pour que ces derniers acquièrent un droit à la chose donnée, il faut que le donataire l'ait d'abord acquis lui-même.

IV. Par quelles personnes peut être faite l'acceptation.—1° *Donation offerte à une personne "sui juris."*—Il est clair que l'acceptation peut et doit être faite par le donataire (art. 789 *in principio*). Ce cas ne peut donner lieu à aucune difficulté. Mais le donataire ne sera pas toujours présent lors de l'offre; il faut alors qu'il soit représenté à l'acte de donation par une personne autorisée, ou bien qu'il accepte plus tard l'offre du donateur par un acte dûment signifié à ce dernier, et même à cet acte il pourra se faire représenter par un fondé de pouvoir. L'acceptation par le notaire ou par une personne qui se porte fort pour le donataire, sans y être autorisée par ce dernier, est sans effet, et la ratification qu'en fait le donataire ne vaut comme acceptation qu'à compter du jour où elle a lieu. C'est la disposition de l'article 793 qui se lit ainsi qu'il suit:

793. "L'acte de donation peut être fait sujet à l'acceptation, "sans qu'aucune personne y représente le donataire. L'ac- "ceptation prétendue faite par le notaire (*a*), ou par une autre "personne non autorisée, ne rend pas la donation nulle, mais

(*a*) **Dans le droit romain, l'acceptation par le notaire au nom du donataire absent était suffisante, mais cette doctrine n'a jamais été admise en France.**

" une telle acceptation est sans effet et la ratification par le " donataire ne peut valoir comme acceptation qu'à compter " du jour où elle a eu lieu."

Donc l'acceptation ou la ratification de l'acceptation non autorisée n'a aucun effet rétroactif (*a*). Cependant, nous avons vu que l'acceptation peut se faire par procureur. Faut-il, dans ce cas, que la procuration soit expresse, ou bien l'acceptation par un procureur qui n'a qu'un pouvoir général suffit-elle ?

La question était controversée dans l'ancien droit (*b*). Les partisans de la procuration spéciale se fondaient sur la considération que l'acceptation devait être expresse de la part du donataire, et qu'une procuration générale de sa part n'expliquait pas suffisamment cette volonté. L'article 5 de l'ordonnance des donations mit fin à la controverse, en décrétant que les donations entre vifs n'engageraient le donateur et ne produiraient aucun effet " que du jour qu'elles auront été acceptées " par le donataire ou par son procureur *général* ou spécial, " dont la procuration demeurera annexée à la minute de la " donation." Cette ordonnance se contentait donc d'une simple procuration générale, de la procuration pour toutes les affaires du mandant. Voy. Demolombe, t. 20, n° 160.

L'article 933 du code Napoléon est allé plus loin, dans le sens de la restriction, que l'article 5 de l'ordonnance de 1731. Il admet bien que le procureur fondé d'une procuration générale d'accepter peut accepter la donation au nom de son mandant, mais il faut que cette procuration comporte " *un pouvoir général d'accepter les donations* qui auraient été ou " qui pourraient être faites." Il exige de plus que cette procuration soit passée devant notaires et qu'une expédition en soit annexée à la minute de la donation, ou à la minute de l'acceptation qui serait faite par acte séparé. Donc, sous l'empire du code Napoléon, une procuration générale de gérer toutes les affaires du mandant ou même d'accepter tous actes qui seraient dans l'intérêt du mandant serait insuffisante (*c*).

(*a*) C'est ce que la cour de revision, à Montréal, a jugé dans la cause de *Roy* v. *Vacher* (16 L. C. J., p. 43 ; 4 R. L., p. 64).

(*b*) Sallé sur l'art. 5 de l'ordonnance de 1731.

(*c*) Marcadé sur l'art. 933 C. N., n° 1 ; M. Baudry-Lacantinerie n° 470. La cour de cassation s'est contentée d'une procuration autorisant le mandataire *d'approuver ou contester* toutes dispositions entre vifs ou à cause de mort ; Sirey. 1848. 1. 710 ; Dalloz, 1848. 1. 223.

Mais que décider dans notre droit en l'absence d'un texte comme celui de l'article 5 de l'ordonnance des donations (*a*) et celui de l'article 933 du code Napoléon ?

Je n'aurais aucune hésitation à admettre l'efficacité d'une procuration générale d'accepter toutes les donations qui pourraient être faites au mandant. Car l'acceptation n'a plus besoin d'être expresse et c'était là l'objection qu'on faisait à la procuration générale dans l'ancien droit. Peut-on aller plus loin et dire que la procuration générale de gérer toutes les affaires du mandant autorisera l'acceptation d'une donation au nom de ce mandant ?

Si nous consultons les principes qui régissent le mandat, nous voyons que le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration (art. 1703 C. C.). La question que j'ai posée revient donc à celle-ci : l'acceptation de la donation est-elle un acte d'administration ?

L'article 1703, après avoir dit que le mandat général n'embrasse que les actes d'administration, ajoute que s'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de tout acte quelconque de propriété autre que les actes d'administration, le mandat doit être exprès. Il est donc clair que si le donateur veut se faire représenter par procureur à l'acte de donation, la procuration devra être expresse.

Mais il n'en est pas de même du donataire. Il n'aliène pas ; il acquiert, il reçoit ; son rôle est tellement passif dans la donation, que dans quelques cas son acceptation se présume. Il peut même recevoir avant d'exister.

Remarquons en outre que le tuteur, bien qu'il n'ait qu'un pouvoir général d'administration (art. 290), peut accepter sans aucune autorisation la donation faite à son pupille (art. 303), et il en est de même du curateur de l'interdit pour démence (art. 343) (*b*) ; l'autorisation judiciaire sur avis du conseil de famille n'a que l'effet d'empêcher le mineur ou l'interdit de

---

(*a*) Cette ordonnance n'a jamais été enregistrée au greffe du conseil souverain de Québec et partant n'a jamais eu force de loi en ce pays. Cependant on ne peut se cacher que les codificateurs l'ont suivie presque à chaque article de ce titre et qu'ils ont même, sans avoir pensé innover, accueilli quelques modifications qu'elle avait apportées à l'ancien droit. Mais, même cette considération ne nous autoriserait pas à accepter une disposition de l'ordonnance qui innovait au droit préexistant, car les lords du conseil privé ont expressément déclaré, dans la cause de *Symes & Cuvillier* (5 App. Cas., p. 138) que cet argument est sans valeur.

(*b*) Voy. aussi l'art. 789.

venir plaider plus tard lésion, mais elle n'ajoute rien à la validité d'une acceptation qui lie pleinement le donateur et le dessaisit de la chose qu'il a donnée. Ajoutons que l'article 789 dit que ceux qui *administrent* les corporations, peuvent accepter pour elles. L'acceptation est donc un acte d'administration.

D'ailleurs, Pothier *Donations*, sec. II, art. 1er, éd. Bugnet, t. 8, nº 58, enseigne formellement que l'acceptation "peut se " faire, ou par le donataire lui-même, ou par son procureur, " soit spécial, soit général (ordonnance de 1731, art. 5); par " son tuteur, par son curateur *ou autre administrateur.*"

Je crois donc que l'acceptation de la donation peut en principe se faire par l'entremise d'un procureur *ad omnem rem*, et cela d'autant plus que depuis le code, l'acceptation n'a pas besoin d'être énoncée en termes formels (art. 788) (*a*). Mais cette procuration générale ne suffira pas s'il s'agit de consentir une hypothèque comme garantie de l'exécution des charges de la donation ; dans ce cas le pouvoir devra être exprès.

On suivra du reste les dispositions du droit commun quant à cette procuration. Si elle est faite par acte sous seing privé, elle devra être annexée à la minute de la donation après avoir été contresignée par les parties et le notaire ; si, au contraire, elle a été passée devant notaire, il suffira de la désigner (art. 3656 S. R. P. Q.).

Mais supposons que le donataire n'a pas accepté, soit personnellement, soit par procureur, mais que le notaire a prétendu accepter pour lui, ou bien qu'un tiers a comparu à l'acte et a déclaré se porter fort pour le donataire et accepter en son nom. Il est clair que cette acceptation sera sans effet, et c'est la décision formelle de l'article 793. Cet article ajoute cependant qu'une semblable acceptation "ne rend pas la donation " nulle, mais une telle acceptation est sans effet et la ratifica- " tion par le donataire ne peut valoir comme acceptation qu'à " compter du jour où elle a eu lieu."

Concluons-en que, dans ces deux cas, le donateur peut, avant la ratification, révoquer l'offre qu'il a faite ; que cette ratification doit revêtir les mêmes formes que l'acceptation ; qu'elle doit être signifiée au donateur ; que ce dernier doit avoir conservé la capacité de donner jusqu'au moment de la ratification et de sa signification ; que, partant, cette ratifi-

---

(*a*) L'argument des adversaires de la procuration générale dans l'ancien droit est ainsi écarté.

cation doit intervenir pendant la vie du donateur (*a*).

Voilà pour l'acceptation de la donation offerte à une personne *sui juris*. Nous avons maintenant à envisager le cas des personnes qui, tout en étant capables de recevoir par donation, n'ont pas la plénitude de l'exercice de leurs droits, ou qui ne peuvent agir qu'avec certaines autorisations et par l'entremise de certains administrateurs ou mandataires.

2° *Donation offerte à un mineur.*—Il faut distinguer le cas du mineur non émancipé et celui du mineur émancipé.

a. *Cas du mineur non émancipé.*—Malgré sa minorité le mineur non émancipé, si d'ailleurs il est en état d'exprimer un consentement peut accepter une donation et cette acceptation liera pleinement le donateur. En effet, le premier alinéa de l'article 789 porte que " la donation entre vifs peut " être acceptée : par le donataire lui-même, autorisé et assisté, " s'il y a lieu, comme pour les autres contrats ; par le mineur, " l'interdit pour prodigalité, et par celui auquel il a été nommé " un conseil judiciaire, eux-mêmes, sauf le cas de restitution ; " et par les tuteurs, curateurs et ascendants pour les mineurs, " ainsi qu'il est porté au titre *De la minorité, de la tutelle et* " *de l'émancipation.* Le curateur à l'interdit peut également " accepter pour lui." La raison de cette disposition, quant au mineur, c'est que, bien qu'il ne puisse pas s'obliger, ni disposer de ses biens sans l'autorité de son tuteur, il n'a pas besoin de cette autorité pour faire sa condition meilleure. Voy. Pothier, *Introd. au titre* 15 *de la coutume d'Orléans*, n° 31.

Donc le mineur, même non émancipé, a capacité pour accepter sans aucune assistance une donation qui lui est faite. Mais bien que cette acceptation lie le donateur et le dessaisisse de la chose donnée, le mineur lui-même, au cas de lésion par suite des charges qui lui auraient été imposées, peut se faire restituer contre le consentement qu'il a donné. L'acceptation ne sera donc pas pleinement définitive.

L'acceptation peut également être faite par le tuteur, sans aucune autorisation, ou par les ascendants du mineur, également sans autorisation. La disposition que je viens de citer le fait voir. L'article 303 est encore plus formel. Il dit que " la donation faite au mineur peut être acceptée par son

---

(*a*) Pothier, *loco citato supra*.

A l'égard de ce qui peut constituer une ratification, la cour d'appel a jugé avant le code, dans une cause de *Judd & Esty* (6 L. C. R., p. 281), que la rétrocession d'immeubles donnés à un mineur et acceptés pour lui par un étranger, comporte ratification suffisante de la donation.

" tuteur ou un tuteur *ad hoc*, par ses père et mère ou autres " ascendants, sans qu'il soit besoin d'aucun avis de parents " pour rendre valable cette acceptation " (*a*). Mais cette acceptation, tout en liant le donateur, pourra être attaquée par le mineur pour cause de lésion.

Mais l'acceptation faite au nom d'un mineur peut devenir définitive à l'égard de ce mineur comme à l'égard du donateur. En effet, l'article 792, qui est de droit nouveau, porte que " le mineur et l'interdit ne sont pas restituables contre " l'acceptation ou la répudiation en leur nom par une personne " capable d'accepter, s'il y a eu autorisation préalable du juge " sur avis du conseil de famille. Accompagnée de ces forma- " lités, l'acceptation a le même effet que si elle était faite par " un majeur usant de ses droits."

Dans l'ancien droit, le mineur était restituable contre la donation qui lui était défavorable, même lorsqu'elle avait été faite avec l'autorisation du juge sur avis du conseil de famille. Voy. l'art. 40 *i* du projet des codificateurs. Notre article 792 est conforme au principe général énoncé par l'article 1010 qui est également de droit nouveau.

b. *Cas du mineur émancipé.*—Il ne peut y avoir de question quant au droit du mineur émancipé d'accepter une donation, puisque avant son émancipation il pouvait validement accepter. La donation pourra également être acceptée pour lui par son curateur ou ses ascendants. Le seul doute qui puisse exister c'est de savoir si cette acceptation est définitive, ou si, au cas de lésion, le mineur émancipé, comme le mineur non émancipé, pourrait demander la résolution de l'acceptation.

Cependant, je crois que nous devons sur ce point encore assimiler le mineur émancipé au mineur non émancipé. Les articles 789 et 792 ne distinguent pas l'un de l'autre, et l'article 322 pose le principe général que les obligations que le mineur émancipé aurait contractées, par voie d'achat *ou autrement*, sont réductibles au cas d'excès. Je suis donc d'avis que l'acceptation faite pour ou par le mineur émancipé ne sera définitive à son égard que s'il y a eu autorisation judiciaire préalable sur avis du conseil de famille (*b*).

En France, d'autres règles sont posées. La donation faite

(*a*) Les ascendants peuvent accepter, même du vivant du père et de la mère, la donation offerte au mineur. Pothier, *Donations entre vifs*, éd. Bugnet, t. 8, nº 58, p. 371.

(*b*) C'est l'opinion que j'ai exprimée en mon tome 2, p. 263.

à un mineur non émancipé ou à un interdit *doit* être acceptée par son tuteur, mais ce tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille laquelle rend l'acceptation définitive (art. 463, 935 C. N.). Le mineur émancipé, au contraire, peut accepter avec l'assistance de son curateur ; il n'est pas question de l'autorisation du conseil de famille. Cependant, les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, ou les autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs du mineur, *peuvent* accepter pour lui (art. 935 C. N.). On ne reconnaît pas le droit du mineur d'accepter lui-même.

On conclut de là que le tuteur est *obligé* d'accepter, tandis que, dans le cas des ascendants, l'acceptation est facultative. En effet, l'article 942 du code Napoléon accorde un recours aux mineurs et aux femmes mariées contre leurs tuteurs ou leurs maris pour le défaut d'acceptation ou de transcription des donations. Doit-on accepter cette décision dans notre droit quant au défaut d'acceptation ?

Il faut remarquer que notre article 789 ne se sert que de termes facultatifs ; il dit que la donation *peut* être acceptée, soit par le mineur ou l'interdit pour prodigalité, soit par le tuteur ou curateur, soit par les ascendants du mineur.

Du reste, l'article 810 de notre code qui correspond à l'article 942 du code Napoléon, donne un recours aux mineurs et aux femmes mariées pour le défaut d'enregistrement de la donation ; il n'y est pas question du défaut d'acceptation.

On peut donc conclure que le législateur a voulu laisser cette question sous l'empire des règles du droit commun. Le tuteur ayant l'obligation de prendre soin de la personne du mineur et de le représenter dans tous les actes de la vie civile (art. 290), il s'ensuit qu'il engagera sa responsabilité s'il néglige d'accepter une donation avantageuse qu'on offre à son pupille, lorsque ce dernier est incapable de faire acte d'acceptation. Le moins qu'on puisse dire, c'est qu'il est responsable du dommage qui résulte de ses actes d'omission, car le dommage que souffre le mineur résulte du *fait* du tuteur (art. 1053) (*a*).

Mais j'hésiterais à rendre le tuteur responsable du défaut d'acceptation si le mineur, arrivé d'ailleurs à l'âge de discrétion pleine et entière, était en position lui-même d'accepter la

---

(*a*) En ce sens, voy. Pothier, *Donations entre vifs*, éd. Bugnet, t. 8. nº 51, p. 368. Il décide que si le tuteur avait lui-même fait la donation au mineur, il ne pourrait opposer le défaut d'acceptation.

donation. Ne peut-on pas dire alors qu'il souffre par sa propre faute ? Il y aura là un fait que les tribunaux devront apprécier soit pour atténuer soit pour repousser la responsabilité du tuteur. Mais sur cette question de savoir si le mineur était en position de se rendre compte des conséquences du défaut d'acceptation, toutes les présomptions seront contre le tuteur qui avait l'obligation de parler pour son pupille et de le représenter dans les actes de la vie civile.

Quant aux ascendants, je ne conclurais pas à leur responsabilité, car ils n'ont aucun devoir civil de représenter leurs descendants et l'acceptation de leur part, aux termes de l'article 789, est purement facultative (*a*).

On enseigne en France que la mère peut accepter une donation pour son enfant, sans l'autorisation et le concours de son mari et même contre son gré, de sorte qu'elle pourrait faire pour cet enfant un acte qu'elle ne saurait accomplir pour elle-même. La raison en est qu'elle agit en cela comme mandataire de son enfant et que ce mandat lui est conféré par la loi (*b*). Je crois que cette décision s'impose. Voy. au surplus l'article 1708 (*c*).

3° *Donation offerte à l'interdit pour prodigalité.*—Il résulte de l'article 789 que l'interdit pour cause de prodigalité peut accepter une donation, sauf restitution, et de l'article 792 que l'acceptation devient définitive lorsqu'elle a été autorisée en justice après consultation du conseil de famille. Mais les ascendants de cet interdit ont-il qualité pour accepter en son nom ?

L'article 789 ne parle que des ascendants du mineur, mais l'ordonnance de 1731, art. 7, étendait cette faculté aux ascendants de l'interdit généralement. J'incline à croire que l'acceptation étant favorable, celle faite par les ascendants de l'interdit pour prodigalité devrait valoir, sauf restitution s'il y a lieu. C'est ce qu'on décide généralement en France, bien que l'article 935 du code Napoléon, comme notre article 789, ne mentionne que les ascendants du mineur (*d*).

(*a*) Voy., dans mon tome 2, p. 162, la solution d'une question analogue de savoir si les parents d'un mineur ont l'obligation de faire pourvoir ce mineur d'un tuteur.

(*b*) Sirey et Gilbert, sur l'art. 935 C. N. n° 8.

(*c*) On décide en France que l'acceptation d'une donation faite simultanément par le père et la mère, est valablement faite par le père, pour les biens donnés par la mère, et par celle-ci pour les biens donnés par le père : Sirey et Gilbert, sur l'art. 935, n° 6.

(*d*) Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 935, n° 13.

4° *Donation offerte à celui auquel il a été nommé un conseil judiciaire.*—Aux termes de l'article 789, ce demi-interdit peut accepter une donation. D'ailleurs, l'acceptation des donations ne figure pas dans l'énumération que l'article 351 fait des actes qui sont défendus à celui qui a été pourvu d'un conseil. Donc il semble évident que l'assistance du conseil judiciaire n'ajouterait rien à la capacité de ce demi-interdit. Bien entendu, s'il s'agissait de donner des garanties hypothécaires pour l'exécution des charges, l'assistance du conseil judiciaire serait nécessaire, l'article 351 recevant alors son application.

5° *Donation offerte à un interdit pour démence, imbécillité ou fureur.*—Cet interdit n'étant pas *compos mentis*, ne peut accepter même une donation pure et simple, car il ne peut exprimer un consentement. Mais l'acceptation pourra être faite par son curateur ou son ascendant, sans restitution si cette acceptation a été autorisée en justice après avis du conseil de famille, et sauf restitution dans le cas contraire.

6° *Donation offerte à une femme mariée.*—Il faut dans tous les cas que l'acceptation de la femme soit autorisée par son mari (art. 763), autrement cette acceptation sera radicalement nulle et la donation sera sans effet même à l'égard du donateur. Il va sans dire que si le mari refuse sans motifs suffisants d'autoriser sa femme, celle-ci pourra obtenir l'autorisation de justice qui suppléera celle du mari.

Mais cette disposition s'applique-t-elle même à la femme séparée de biens ? Il est vrai que l'acceptation d'une donation est un acte d'administration (voy. *supra*, p. 69), et que la femme séparée de biens peut faire seule tous les actes et contracts qui concernent l'administration de ses biens (art. 177). Toutefois comme l'article 763 ne distingue pas, il faut appliquer sa disposition à la femme séparée de biens, comme à celle qui est en communauté. L'article 934 du code Napoléon exige également que la femme soit autorisée pour accepter, et Demolombe (t. 20, n° 169) décide que sa disposition est applicable sous quelque régime que la femme soit mariée, fût-elle même séparée de biens. D'ailleurs, l'article 177, qui permet à la femme de faire seule les actes et contrats qui concernent l'administration de ses biens, exige expressément qu'elle soit autorisée pour accepter.

7° *Donation offerte à une corporation.*—Une corporation n'agit, nous l'avons dit ailleurs, que par l'entremise de mandataires ou administrateurs. Il faut donc que ces administrateurs acceptent au nom de la corporation. C'est ce que dit le

deuxième alinéa de l'article 789 en ces termes: "Ceux qui "composent ou administrent les corporations peuvent aussi "accepter pour elles." Il a été question *supra*, p. 39, de la capacité des corporations de recevoir.

8° *Donations offertes à un sourd-muet majeur.*—L'article 936 du code Napoléon pose la règle que le sourd-muet qui sait écrire pourra accepter lui-même ou par un fondé de pouvoir, et que s'il ne sait pas écrire, l'acceptation doit être faite par un curateur nommé à cette effet, suivant les règles établies au titre *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.* Et, sous cet article, Demolombe (t. 20, n° 168) enseigne qu'un sourd-muet qui ne sait pas écrire, ne saurait signifier son acceptation d'une donation au moyen de ce merveilleux langage des signes, si perfectionné et si sûr aujourd'hui, dit-il, mais que l'acceptation devrait se faire par le ministère d'un curateur (*a*). Il convient d'ajouter cependant que cette doctrine est contestée, notamment par MM. Aubry & Rau, t. 7, § 652, pp. 62 et 63 et note 13.

Notre code n'a pas reproduit la disposition de l'article 936 du code Napoléon. Mais il est question de la capacité des sourds-muets en matière de testaments, dans le chapitre III de ce titre, où les règles suivantes sont posées. S'agit-il d'un testament en forme authentique : le sourd-muet, s'il est suffisamment instruit, peut tester au moyen d'instructions écrites de sa propre main remises au notaire avant ou lors de la confection du testament ; si le testateur n'est que sourd et ne peut entendre la lecture du testament, il doit le lire lui-même à haute voix, mais la déclaration par écrit du testateur que l'acte contient sa volonté et a été préparé d'après ses instructions, supplée à cette déclaration de vive voix. Le sourd-muet qui se trouve dans l'impossibilité de se prévaloir de ces dispositions ne peut tester sous la forme authentique (art. 847) (*a*). Toutefois, le sourd-muet qui est suffisamment instruit peut faire un testament olographe comme toute autre personne qui sait écrire (art. 850) et il peut également tester suivant la forme dérivée de la loi d'Angleterre (c'est-à-dire le testament rédigé par écrit par toute personne quelconque et signé par le testateur de son nom ou de sa marque, en présence d'au moins deux témoins), pourvu que son intention et la

(*a*) Ces dispositions de l'article 847 sont de droit nouveau. Avant le code, le sourd-muet étant incapable de *dicter* son testament, on pouvait douter qu'il pût tester dans la forme authentique au moyen d'instructions écrites remises par lui au notaire.

reconnaissance de sa signature ou marque soient manifestées en présence des témoins (art. 852).

Il est clair que ces dispositions se restreignent au cas du testament. En l'absence donc d'une disposition qui s'applique aux donations entre vifs, il n'y a qu'à faire l'application des principes du droit commun. Or, toute personne est capable de contracter, si elle n'en est pas expressément déclarée incapable par la loi. Donc le sourd-muet majeur est capable de contracter, car aucune disposition ne décrète son incapacité (*a*); il n'y a plus qu'une question de fait de savoir si, capable de donner un consentement valable, il a effectivement exprimé ce consentement. Ainsi, s'il a remis des instructions écrites au notaire, ou si par des signes non équivoques il a intimé son consentement au notaire qui entendait ce langage, s'il a signé le contrat comportant acceptation après l'avoir lu, je ne vois pas comment son acceptation pourrait être mise en question. A tout événement, si le sourd-muet, à cause de circonstances spéciales, était incapable d'accepter, le donateur, pourvu d'ailleurs qu'il y ait eu acceptation, ne pourrait se prévaloir de cette incapacité (*b*).

Il suit de là que le sourd-muet peut même donner entre vifs, sauf à manifester sa volonté à cet égard d'une manière non équivoque.

Il nous reste à nous demander si l'acceptation par une personne incapable est nulle de nullité radicale, ou bien si cette nullité est seulement relative et décrétée dans l'intérêt de l'incapable, de telle sorte que le donateur ne saurait s'en prévaloir. La question est controversée en France.

Disons d'abord qu'il ne s'agit ici que de la *capacité* de l'acceptant. Les *formes* de l'acceptation — la nécessité de l'acte notarié, par exemple—sont de l'essence même de la donation ; si elles manquent, la donation n'existe pas, elle est radicalement nulle. Sur ce point tout le monde est d'accord.

Il ne s'agit pas non plus de l'acceptation faite, au nom du donataire, par une personne non autorisée. L'article 793

(*a*) Je ne prétends pas qu'en principe on ne pourra jamais donner un curateur à un sourd-muet comme on le faisait dans l'ancien droit. Voy. mon tome 2, pp. 321, 322 et note. Mais sa seule qualité de sourd-muet, si d'ailleurs il peut conduire ses affaires, ne donnerait pas ouverture à cette curatelle.

(*b*) Voy. *infra*, p. 78.

nous dit que cette acceptation est *sans effet* (*a*). Ce point ne peut donc souffrir aucune difficulté.

Nous supposons—pour préciser la question qu'il s'agit de résoudre—qu'un interdit pour démence, imbécillité ou fureur a accepté une donation qui lui était offerte. Cette acceptation —qui, il est clair, n'obligera pas le donataire—liera-t-elle le donateur ? En d'autres termes, sera-t-elle nulle ou tout simplement annulable ?

La plupart des auteurs modernes en France décident que la nullité de l'acceptation est radicale et que le donateur pourra l'opposer. La loi, disent ils, prescrit une forme qui est de l'essence de la donation. Or, l'acceptation de l'interdit non représenté par son curateur n'est pas faite dans la forme légale. Donc, la donation est inexistante. La place qu'occupent nos articles, dans la section de la forme des donations (*b*), fait voir, ajoutent-ils, que le législateur considère l'intervention du curateur comme une condition de *forme* et non comme une condition de *capacité*. La jurisprudence française est dans ce sens (*c*).

Mais des auteurs de grande autorité enseignent, au contraire, que la nullité n'est que relative, qu'elle est établie en faveur de l'incapable et que le donateur ne peut l'invoquer. Il ne faut pas confondre, disent-ils, les conditions de *forme* avec les conditions de *capacité* ; or, l'absence de capacité ne rend pas un acte inexistant, elle ne fait que donner ouverture à une action de nullité dont la partie capable ne peut se prévaloir (arg. art. 987) (*d*).

Remarquons que, quant à la femme mariée, le défaut d'au-

(*a*) Il est vrai que l'article 793 dit que cette acceptation ne rend pas la donation *nulle*, mais puisqu'il ajoute qu'une telle acceptation est sans effet et que la ratification par le donataire ne peut valoir comme acceptation qu'à compter du jour où elle a eu lieu, il s'ensuit que la donation restera toujours sans effet si une acceptation régulière n'intervient pas. La donation n'est pas nulle en ce sens qu'elle ne peut être acceptée plus tard, si elle n'a pas été révoquée et si le donateur a conservé jusqu'à ce moment la capacité de donner ; mais tant que cette acceptation n'interviendra pas, la donation n'aura aucune existence légale.

(*b*) Cet argument a moins de force dans notre droit, car la rubrique de notre section *De la forme des donations et de leur acceptation*, diffère de celle du code Napoléon : *De la forme des donations entre vifs*.

(*c*) Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 935 C. N., nº 18.

(*d*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, nº 471, *Donations*, t. 1er, nº 1307; Mourlon, nº 673. Voy. aussi Sirey et Gilbert sur l'art. 935, nº 19.

torisation maritale, ou judiciaire quand le mari refuse la sienne, rend la donation radicalement nulle, car elle est incapable de recevoir par donation entre vifs sans cette autorisation (art. 763 C. N.), et d'ailleurs le défaut d'autorisation du mari, dans les cas où elle est requise, comporte une nullité que rien ne peut couvrir et dont se peuvent prévaloir tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel (art. 183). Donc, le donateur pourra opposer la nullité d'une telle acceptation qui est inexistante à son égard comme à l'égard de tout le monde.

Mais abstraction faite de ce cas exceptionnel, je suis d'avis que la nullité de l'acceptation faite par l'incapable n'est que relative, et que cette acceptation liera définitivement le donateur tant qu'elle n'aura pas été mise de côté à la poursuite de l'incapable. Je ne vois pas, dans les dispositions que nous commentons, autre chose que des conditions de capacité. C'était d'ailleurs l'enseignement formel et à peu près unanime des vieux auteurs (*a*). Spécialement dans le cas de l'interdit pour démence, imbécillité ou fureur, les actes qu'il passe ne sont pas radicalement nuls ; ils ne sont qu'annulables (voy. mon tome 2, p. 283).

Concluons donc, puisque cette nullité n'est que relative et que le donateur ne peut s'en prévaloir, que l'incapable peut ratifier son acceptation en état de capacité ou renoncer à l'action en nullité, même après la mort du donateur, et que cette action se prescrira par dix ans après que l'incapable est devenu capable (art. 2258).

§ III. *Exceptions à la règle de la solennité des donations.*

L'article 776 ne soumet à la règle de la solennité des donations que " les *actes portant donation.*" Comme ce texte doit s'interpréter restrictivement, il s'ensuit que sont dispensés des formes : 1° les donations qui se font sans acte, c'est-à-dire les dons manuels ; 2° les actes qui contiennent une donation mais *ne portent pas donation*, en d'autres termes les donations indirectes. Il y a en outre des exceptions expresses, comme dans le cas de certaines localités où la forme solennelle n'est pas requise. Je donnerai quelques mots d'explication sur chacune de ces catégories.

(*a*) Voy. la liste imposante qu'en donnent Sirey et Gilbert, sur l'art. 935 C. N., n° 19.

I. Dons manuels.—Aux termes du deuxième alinéa de l'article 776, les donations de choses mobilières accompagnées de délivrance peuvent se faire par acte sous seing privé ou même verbalement. Cette disposition est en ces termes :

" Cependant la donation de choses mobilières, accompagnée " de délivrance, peut être faite et acceptée par acte sous seing " privé, ou par convention verbale."

En France on en décide de même sans l'aide d'un texte formel comme le nôtre, car le code Napoléon est muet à cet égard. Il en était de même sous l'ordonnance de 1731, qui n'avait pas non plus de disposition expresse à cet effet ; cependant on n'a jamais douté de la validité des donations de choses mobilières lorsqu'elles étaient accompagnées de délivrance.

Donc la simple tradition suffit pour transporter la propriété du meuble donné. Et puisque cette tradition a un effet si complet et si exceptionnel, il importe de voir en quoi elle consiste, ou, ce qui revient au même, de définir le don manuel.

On entend par *don manuel*, le fait de donner de la main à la main, *de main chaude* disaient les vieux auteurs, avec l'intention de s'en dessaisir en faveur du donataire, une chose mobilière, telle qu'un meuble corporel ou une somme d'argent. Anciennement, je l'ai dit à plusieurs reprises, les jurisconsultes regardaient les meubles comme des choses viles, *res mobilis res vilis.* La solennité dont on entourait la donation avait surtout pour but la conservation des biens dans les familles, en multipliant les formalités qu'il fallait accomplir pour les en faire sortir, et on ne croyait pas devoir l'exiger dans le cas de biens qui étaient réputés n'avoir point de valeur. Aujourd'hui cette maxime n'a plus de raison d'être, car la fortune mobilière a maintenant une importance majeure, mais on ne laisse pas d'admettre sans restriction la conclusion qu'on en déduisait autrefois.

Mais si le don manuel est exempt des formes de la donation, il n'échappe pas aux règles de fond. Ainsi la volonté du donataire doit s'unir à celle du donateur du vivant de ce dernier, et le dessaisissement du donateur doit être irrévocable. Donc, serait nul comme réputé fait à cause de mort le don manuel que ferait un donateur malade, avec la condition qu'il reprendrait la chose donnée en cas de retour à la santé. Il convient d'appliquer au don manuel les règles qui régissent la capacité des parties, ou qui permettent la révocation des donations.

La tradition réelle, nous l'avons vu, est un élément essentiel

du don manuel. Il s'ensuit que, seuls, les meubles qui sont susceptibles de tradition réelle peuvent en être l'objet ; ainsi les meubles incorporels—sauf les lettres de change et autres effets lorsqu'ils sont payables au porteur, qui se transportent par la simple délivrance—ne peuvent se donner par don manuel. La tradition d'ailleurs peut être faite soit au donataire, soit à son mandataire. Remarquons toutefois que la possession antérieure du donataire des choses données, bien qu'à un autre titre, suffit pour tenir lieu de tradition lors de la donation. C'est ce que le conseil privé a jugé dans la cause de *Richer & Voyer*, 5 P. C. App., p. 461 et 5 R. L., p. 591.

Si, au contraire, la tradition a été faite à un tiers chargé de remettre la chose donnée au donataire, dont il n'est pas le mandataire, il faut pour la validité du don que l'intermédiaire, qui est le mandataire du donateur, ait rempli sa mission, et jusqu'à ce moment le donateur peut révoquer son mandat. M. Baudry-Lacantinerie (n° 467), à qui j'emprunte ces considérations, rapporte un arrêt qui a fait l'application de ces principes. Une somme d'argent, enfermée dans un sac, avait été remise à un ecclésiaitique pour être distribuée en bonnes œuvres, après la mort du donateur. Sur poursuite intentée par les héritiers de celui-ci, l'ecclésiastique fut condamné à restituer cette somme, car les pauvres qui devaient en bénéficier, et non lui-même, en étaient les donataires ; il n'en était que le dépositaire. Le concours des volontés des donataires et du donateur ne s'était donc pas effectué du vivant de ce dernier et la tradition n'avait jamais été faite (*a*).

Remarquons en outre que, dans le cas du don manuel, accompagné de possession publique par le donataire, l'enregistrement n'est pas nécessaire ; il en est autrement dans le cas de la donation mobilière ordinaire (art. 804, 806, 808).

Quant à la preuve du don manuel, il n'y a qu'à appliquer les règles du droit commun. Ainsi, celui qui alléguera le don, soit le donateur ou le donataire, devra le prouver.

Quant à l'admissibilité de la preuve testimoniale, il semblerait que l'article 776, disant que la donation de choses mobilières accompagnée de délivrance peut être faite par acte sous seing privé ou *par convention verbale*—ce qui d'ailleurs n'était pas douteux—semble permettre sans restriction la preuve testimoniale. C'est ce qu'ont jugé la cour d'appel, dans la cause de *Mahoney & McCready* (15 L. C. R., p. 274 ; 1 R. C.,

(*a*) Douai, 31 décembre 1834, Sirey, 1835. 2. 215.

p. 237), et le conseil privé, dans la cause de *Richer* & *Voyer* (5 P. C. App., p. 461 ; 5 R. L., p. 591).

En France, on applique à la preuve du don manuel, les principes du droit commun, et lorsque ce don dépasse 150 francs, il ne peut être prouvé par témoins ou par présomptions, à moins qu'il ne soit l'œuvre de la fraude (*a*).

Ce n'est que dans le cas du don manuel que la tradition est essentielle. S'il s'agit d'une donation de meubles revêtue des formes de la donation entre vifs, la propriété de ces meubles sera transférée au donataire, comme dans le cas de la vente, sans qu'il soit besoin de tradition (art. 777 et 795). Avant le code, on le sait, la tradition était requise, et c'est ce qu'un ancien arrêt avait jugé dans la cause de *Gauvin* v. *Caron* (2 R. de L., p. 276). Notre droit n'exige pas, comme le droit français moderne, que la donation soit accompagnée d'un état estimatif des meubles donnés (art. 786). Bien entendu, le défaut de tradition des meubles sera souvent une circonstance suspecte qui pourra donner lieu à une présomption de fraude (*b*).

II. Donations indirectes.—La deuxième catégorie des donations qui sont exemptes des formes, ce sont les donations indirectes. Il s'agit ici des actes qui contiennent une donation, mais qui *ne portent pas donation.* Ainsi, Paul a rendu à Pierre des services appréciables à prix d'argent, et Pierre pour l'en récompenser lui fait une donation qui équivaut à la valeur de ces services. La donation est rémunératoire ; en apparence c'est une donation, en réalité c'est un paiement. Cette donation ne sera pas soumise aux formes des donations (*c*). Ou bien, Pierre était créancier de Paul. Par un

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 467.

(*b*) Je puis indiquer, comme arrêt d'espèce, la décision rendue par le juge Bélanger dans la cause de *McMaster* v. *Moreau* (3 L. N., p. 91). Il s'agissait d'un piano donné par un père à son fils qui demeurait avec lui. La donation a été maintenue. Dans la cause de *Darling* v. *Blakely* (R. J. Q., 9 C. S., p. 517), la cour de révision, à Montréal, a jugé que le don avec tradition d'un billet payable par le donateur au donataire, à une date déterminée, constitue un don manuel valide, et ne tombe pas sous le coup de la prohibition de l'art. 758 quant aux donations à cause de mort, même lorsque le donateur, en faisant cadeau du billet, avait exprimé son désir que le billet ne serait présenté pour paiement qu'après sa mort et que le donataire avait promis respecter ce désir.

(*c*) Naturellement, il peut y avoir lieu de modifier l'application de cette règle, lorsque la donation dépasse de beaucoup la valeur des services rendus. Voy. les distinctions que je crois devoir faire quant à l'enregistrement de ces espèces de donations.

acte sous seing privé, il lui fait remise de sa créance. Au fond, il y a donation, puisque la remise se fait à titre gratuit et que Paul la reçoit purement à titre de libéralité. Mais l'acte ne porte pas donation ; et d'ailleurs la remise d'une dette, le dégrèvement de la propriété immobilière des servitudes qui la grèvent, sont des actes favorables. Il y a d'autres actes qui ne portent pas donation, bien qu'ils renferment une libéralité. Ainsi, Pierre vend sa maison à Paul, à la condition que ce dernier payera une rente à Jacques. Il y a là libéralité en faveur de Jacques lequel peut accepter de toute manière, expressément ou tacitement, et cette libéralité n'a pas besoin d'être exprimée dans les formes solennelles des donations. C'est l'hypothèse que prévoit l'article 1029. On peut encore citer les donations qui se combinent accessoirement avec un contrat à titre onéreux. Ainsi, Pierre fait une société avec Paul et y apporte un capital considérable, alors que Paul n'y apporte que son industrie, qui n'a qu'une valeur minime. Il y a encore là libéralité en faveur de Paul, mais cette libéralité se combine accessoirement avec un contrat à titre onéreux, et il suffit que le contrat soit valable comme acte de société.

III. Donations déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux.—Cette espèce se rapproche un peu de celle que je viens d'examiner, mais elle en diffère essentiellement en ce que le contrat à titre onéreux n'est qu'une apparence sous laquelle se cache un contrat à titre purement gratuit. Précisons bien l'hypothèse dont il s'agit, car nous touchons à une question très controversée, où la doctrine en France se voit forcée de subir une solution qu'une jurisprudence très solidement assise a consacrée, malgré les protestations de l'immense majorité des auteurs.

Pierre vend sa maison à Paul, par acte sous seing privé, pour une somme de $1,000. Ce contrat vaudrait comme vente, car la vente n'est assujettie à aucune forme solennelle. Mais il est constaté que Pierre n'a jamais eu l'intention d'exiger le prix et que Paul ne devait jamais le payer. C'est une donation pure et simple déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux. Ce contrat est-il valable, malgré qu'il ne soit pas revêtu des formes des donations ?

Il faut immédiatement écarter un doute qui n'existe pas en réalité. On ne peut pas dire que cet acte ne porte pas donation, car il est constaté que ce n'est qu'un acte simulé. Pierre a voulu donner sa maison à Paul, et ce dernier a

entendu l'acquérir à titre de donation. L'acte ne tombe donc pas sous l'exception que consacre le texte de l'article 776 pour le cas où l'acte ne porte pas donation, car il n'a de la vente que le nom.

Et quant à la question de savoir si un tel acte est valide, l'immense majorité des auteurs en France se prononcent pour la négative. En effet, la question équivaut à se demander si on peut impunément violer la loi. Le législateur voit les libéralités avec défaveur, il les tolère, mais il en subordonne la validité à des formes extrêmement rigoureuses. Ces formes ont pour but de protéger le donateur contre ses passions ou sa faiblesse, en l'obligeant de faire ses libéralités par acte public et enregistré, et de protéger les tiers contre la fraude que le donateur pourrait faire à leur préjudice, en forçant ce dernier de faire enregistrer le contrat. Et il serait permis à toute personne, en simulant la nature de l'acte, de rendre vaines ces précautions que le législateur a prises dans l'intérêt des parties et des tiers, ou en haine des donations ! Ce serait en vain que le code soumettrait les donations à des formes solennelles si, en changeant seulement le nom de l'acte, le donateur pouvait s'y soustraire. Ce serait lui permettre, contrairement à tous les principes du droit, de faire indirectement ce que la loi lui défend de faire directement.

On invoque surtout deux arguments en faveur de la solution contraire.

On dit d'abord que l'article 774 ne déclare nulles les donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux que lorsqu'elles sont faites au profit d'une personne incapable, et que l'article 712 ne les soumet au rapport que quand elles sont adressées à un successible du donateur, d'où on conclut à leur validité, par argument *a contrario*, lorsque le donataire à la capacité de recevoir. Mais on peut répondre à cet argument par un dilemne. Ou bien l'acte dont il s'agit constitue une vente ou c'est une donation ; or il est nul dans l'une et l'autre hypothèse. Si c'est une vente, il est nul pour cause d'inexistence du prix ; si c'est une donation, il est encore nul, parce qu'on n'a pas accompli les formes solennelles prescrites en matière de donations à peine de nullité. Dans l'article 774, le législateur voulait prévenir une espèce de fraude ; mais ce n'est pas à dire qu'il entendait autoriser les autres fraudes que cette disposition, décrétée uniquement pour le cas de l'incapacité du donataire, ne prévoit pas. Or les parties en voulant se soustraire, au moyen d'un contrat simulé, aux formes

gênantes des donations, ont certainement commis une fraude envers la loi.

On dit encore qu'il faut protéger les tiers qui, sous la foi d'un contrat régulier à sa face, contracteraient avec le donataire. Cette considération paraît avoir entraîné la jurisprudence. Mais l'argument qu'on invoque, je le démontrerai plus loin, n'a aucune valeur. Le tiers n'a acquis que le droit du donataire qui n'était pas propriétaire. Il souffre il est vrai sans sa faute, mais ce cas n'est pas isolé et il en serait de même si le contrat était affecté d'une autre cause de nullité non apparente, comme la violence et l'erreur.

J'ai tenu, avant de présenter ma solution de cette question, de résumer brièvement les principaux arguments que l'on invoque en France pour ou contre la validité de la donation déguisée. Comme je l'ai dit, la doctrine se prononce en général contre la validité de ces donations. Toutefois, dit M. Baudry-Lacantinerie, en son *Précis,* nº 467, la solution contraire est consacrée par une jurisprudence si solidement assise, qu'il y aurait peut-être quelque témérité à protester contre elle. D'après cette jurisprudence, la donation déguisée est valable, indépendamment des solennités prescrites, par cela seul qu'on trouve réunies les conditions requises pour la perfection du contrat sous le voile duquel elle se cache. Et il ajoute que " la difficulté de préciser où finit la donation " indirecte et où commence la donation déguisée peut, jusqu'à " un certain point, expliquer cette solution. Validant la dona- " tion indirecte, on s'est trouvé conduit par une pente insen- " sible à valider la donation déguisée, qui en est la puissance " la plus élevée. D'un autre côté, la jurisprudence a pu se " préoccuper aussi des intérêts des tiers qui traiteront avec " l'acquéreur. Comment ces tiers sauront-ils que cet acqué- " reur, dont le titre annonce une acquisition à titre onéreux, " est dans la réalité des choses un acquéreur à titre gratuit, et " qui ne voit les mécomptes auxquels on les exposera si on " leur applique la doctrine de la nullité des donations dégui- " sées sous la forme d'un contrat à titre onéreux ? Ils seront " sacrifiés comme ayant acquis *a non domino,* sans que leur " bonne foi puisse les sauver. Ce sont probablement ces con- " sidérations pratiques qui ont entraîné la jurisprudence."

Cependant, M. Baudry-Lacantinerie est d'avis que les considérations juridiques que la jurisprudence invoque à l'appui de sa thèse sont assez faibles. Que va devenir avec ce système, dit-il, la règle de la solennité ? Et puis que répondre à cet

argument: si l'acte est valable, ce ne peut être que comme vente ou comme donation; or, comme vente, il est nul faute de prix, et, comme donation, il est nul aussi pour absence des solennités prescrites (*a*)?

Ici, nous ne sommes pas liés par la jurisprudence française et nous n'avons pas nous-mêmes de jurisprudence sur cette question (*b*). Je crois donc qu'il faut l'envisager et la résoudre uniquement sur le terrain des principes. A ce point de vue, la solution de la majorité des auteurs s'impose. Nos tribunaux ont souvent déclaré (*c*) qu'il faut se rattacher, non pas au *nom* dont les contractants qualifient leur convention, mais à la *réalité* du contrat qu'ils ont entendu faire. Ainsi, bien que les parties aient donné à leur acte le nom de *vente*, s'il appert que cet acte n'est en réalité qu'une *donation*, on devra l'envisager comme telle. Cela étant, il n'y a qu'à conclure: l'acte n'est pas revêtu des formes de la donation; or ces formes sont de l'essence même de la donation, qui doit les posséder à peine de nullité (art. 776); donc la prétendue vente, qui est une véritable donation, est frappée de nullité.

Telle était du reste la doctrine de Pothier (*Vente*, n° 19). Après avoir dit qu'un prix qui n'a aucune proportion avec la valeur de la chose vendue (à plus forte raison, un prix qui n'existe nullement), n'est pas un véritable prix, il ajoute: " Un tel contrat n'est donc pas une vente, mais une donation " faussement qualifiée de vente, *laquelle doit être sujette à* " *toutes les formalités des donations*, et ne peut être valable " qu'entre personnes qui peuvent se donner."

Il résulte de là que la donation déguisée doit, pour valoir, non seulement intervenir entre parties capables de donner ou de recevoir, ce qui résulte de l'article 774, mais qu'elle doit encore être revêtue de toutes les formalités des donations. En d'autres termes, on ne peut faire indirectement ce qu'il est défendu de faire directement; or, puisqu'il est défendu de faire directement une donation qui ne renferme pas les conditions de formes prescrites pour la validité de la donation, on ne saurait le faire au moyen d'un acte faussement qualifié de

---

(*a*) Voy. aussi le même auteur, *Donations et testaments*, t. 1er, nos 1236 et suiv.

(*b*) Remarquons en outre que l'article 918 du code Napoléon que la jurisprudence française invoque, n'existe même pas dans notre code.

(*c*) Voy. notamment le *dictum* du juge Girouard de la cour suprême, dans la cause de *Lainé & Béland*, 26 *Supreme Court Repts*, p. 425.

vente. Il est superflu d'insister tant ce principe est évident.

Mais on invoque les droits des tiers qui ont de bonne foi contracté avec le prétendu acheteur. Comment sauront-ils, dit on, que l'acquéreur, dont le titre annonce une acquisition à titre onéreux, est, dans la réalité des choses, un acquéreur à titre gratuit ?

Cet argument n'est pas sérieux. Le sort du tiers qui, sur la foi d'un acte qui présente toutes les formes de la vente, a contracté de bonne foi avec l'acquéreur, est sans doute à déplorer. Mais il en est de même du tiers qui a acquis de celui dont le titre était vicié par l'erreur ou la violence. Or, dans ce cas, le tiers acquéreur ou le créancier hypothécaire, qui n'a pu connaître l'existence de l'erreur ou de la violence, n'en est pas moins sacrifié comme ayant acquis *a non domino*, sans que sa bonne foi puisse le sauver (*a*). La raison en est évidente. Le tiers acquéreur ou le créancier hypothécaire n'a pas plus de droits que n'en possédait son auteur ; or, ce dernier n'en avait aucun et il n'a pu en transmettre : *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (*b*). D'ailleurs on sacrifie le tiers, par application de l'article 774, lorsqu'il a acquis de parties qui, incapables de donner ou de recevoir, ont simulé leur donation sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux. Pourquoi en serait-il autrement dans le cas qui nous occupe ? Le motif de protéger les tiers ne suffit donc pas pour valider une convention dénuée des conditions essentielles de son existence.

Il va sans dire que le tiers acquéreur ne se sauvera pas en opposant au prétendu vendeur ou à ses héritiers qui viennent l'évincer l'exception de garantie, en vertu du principe *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Car la garantie ne peut résulter d'un contrat nul (*c*) ; or la donation déguisée, qui n'est pas revêtue des formes essentielles des donations, est radicalement nulle, et nul doute que le donateur même peut l'attaquer (*d*).

(*a*) Ce principe est incontestable ; tous les auteurs le reconnaissent et la plupart d'entre eux l'admettent même dans le cas d'un consentement vicié par le dol qu'on a employé pour l'obtenir. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, nº 820.

(*b*) Voy. l'application que l'article 2038 fait de ce principe au cas de l'hypothèque.

(*c*) Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 791, nº 56.

(*d*) Le tiers acquéreur n'aurait-il pas dans ce cas une action en dommages-intérêts contre le prétendu vendeur ? Je le crois, car l'action en

Je crois donc, puisque notre jurisprudence sur cette question est muette et que nous ne nous trouvons pas dans la même situation que les auteurs en France, où, au témoignage de Laurent, cette question ne se discute plus au barreau, que nous devons tenir que la donation déguisée, qui ne remplit pas les conditions de forme exigées pour la validité des donations, est nulle même à l'égard des tiers.

IV. Donations faites validement hors de la province de Québec et en certaines localités de la province où l'acte notarié n'est pas de rigueur.—Cette exception à la règle de la solennité des donations est consacrée en ces termes par le troisième alinéa de l'article 776 :

" Sont exemptées de la forme notariée les donations valide-" ment faites hors du Bas-Canada, ou dans ses limites dans " certaines localités pour lesquelles l'exception existe par " statut."

Le premier cas indiqué par cette disposition ne souffre aucune difficulté. L'article 7 a déjà posé la règle générale que " les actes faits ou passés hors du Bas-Canada sont " valables, si on a suivi les formalités requises par les lois du " lieu où ils sont faits ou passés " (*a*). La solennité de la donation étant une règle de *forme* et non de fond, ne saurait être exigée que dans le cas où la donation a été faite ici. Quant à la forme de l'acte consenti ailleurs, le principe *locus regit actum* s'applique. Notre article 776 n'énonce donc qu'une des conséquences de l'article 7. Il est clair qu'il importe peu que la donation soit mobilière ou immobilière, qu'elle dispose de biens situés en cette province ou ailleurs ; la question étant une question de *forme*. tombe sous l'application de la loi du lieu où la donation a été faite (*b*).

L'autre exception qu'indique le troisième alinéa de l'article 776 résulte de lois spéciales. Les codificateurs citent à cet effet les articles 10, 12 et 13 du chapitre 38 des statuts refondus pour le Bas-Canada, qui se rapportent aux titres de propriété dans le comté de Gaspé.

---

dommages-intérêts tirerait sa source, non pas du contrat qui est nul, mais du délit ou quasi-délit dont le prétendu vendeur s'est rendu coupable.

(*a*) Voy. l'explication de cette règle en mon tome 1er, pp. 95 et suiv.

(*b*) On admet ce principe en France. Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 931, nos 26 et 27.

§ IV.—*Du dessaisissement du donateur et de l'irrévocabilité des donations entre vifs, ou de la règle* " DONNER ET RETENIR NE VAUT."

Ce qui précède se rattache bien à la rubrique de cette section, mais ce qui va suivre aurait dû recevoir une autre classification. Cependant, ainsi que je l'ai expliqué plus haut, je vais, à l'aide de sous-titres, parer autant que possible à l'insuffisance de la rubrique donnée par le législateur.

Nous avons vu, par la définition de la donation entre vifs, que c'est un contrat par lequel le donateur se dépouille à titre gratuit de la propriété d'une chose, en faveur du donataire, dont l'acceptation rend le contrat parfait. Cette acceptation, ajoute le législateur, rend la donation irrévocable, sauf les cas prévus par la loi ou une condition résolutoire valable (art. 755). Je vais maintenant expliquer ce principe avec plus de détails.

Et d'abord quant au dessaisissement du donateur et à l'irrévocabilité de la donation qui en est la conséquence, citons la règle générale que l'article 777 pose en ces termes :

777. " Il est de l'essence de la donation faite pour avoir " effet entre vifs que le donateur se dessaisisse actuellement " de son droit de propriété à la chose donnée.

" Le consentement des parties suffit comme dans la vente " sans qu'il soit besoin de tradition.

" Le donateur peut se réserver l'usufruit ou la possession " précaire, et aussi céder l'usufruit à l'un et la nue-propriété " à l'autre, pourvu qu'il se dessaisisse de son droit à la pro- " priété.

" La chose donnée peut être réclamée comme dans le con- " trat de vente, contre le donateur qui la retient, et le donataire " peut demander que s'il ne l'obtient pas la donation soit " résolue, sans préjudice aux dommages-intérêts dans les cas " où ils sont exigibles.

" Si sans réserve d'usufruit ou de précaire le donateur reste " en possession sans réclamation jusqu'à son décès, la revendi- " cation peut avoir lieu contre l'héritier, pourvu que l'acte ait " été enregistré du vivant du donateur.

" La donation d'une rente créée par l'acte de donation, ou " d'une somme d'argent ou autre chose non déterminée que le " donateur promet payer ou livrer, dessaisit le donateur en ce " sens qu'il devient le débiteur du donataire (*a*)."

(*a*) Les alinéas deux et cinq de l'article 777 sont de droit nouveau. Anciennement la tradition était requise pour rendre la donation parfaite.

La première chose à noter sur l'article 777, c'est l'assimilation de la donation à la vente. Ainsi, les deux contrats transfèrent la propriété dès leur formation ; ils donnent lieu à l'action en revendication, quand l'acquéreur n'a pas été mis en possession de la chose ; enfin, ils ne créent qu une obligation de délivrer, lorsqu'il s'agit d'une chose non déterminée. Nous verrons plus loin que, quant à la résolution du contrat pour défaut d'exécution des obligations du donataire ou de l'acheteur, les deux contrats sont sur le même pied. Le code établit, cependant, entre la donation et la vente, une différence capitale quant à la garantie : mais là encore certains points de ressemblance seront notés.

I. Dessaisissement du donateur et irrévocabilité de la donation — La règle qu'il est de l'essence de la donation faite pour avoir effet entre vifs que le donateur se dessaisisse actuellement de son droit de propriété à la chose donnée, n'est que l'énonciation, en d'autres termes, de la maxime bien connue de l'ancien droit : *Donner et retenir ne vaut* (*a*). Due à la défaveur avec

---

Mais les codificateurs, de même que dans le cas de la vente, ont, à l'instar du code Napoléon, transformé la donation en un contrat translatif de propriété. Dans l'ancien droit on décidait logiquement que si le donataire n'avait pas obtenu du vivant du donateur la tradition de la chose donnée, il ne pouvait la réclamer de ses héritiers. Aujourd'hui, le contrat étant lui-même translatif de propriété, on doit admettre cette revendication, même après la mort du donateur.

Les codificateurs se réfèrent sous l'article 777 aux articles 938 et 949 du code Napoléon. Le premier de ces articles se contente de poser le principe que la donation est un contrat translatif de propriété. L'article 949 permet la réserve par le donateur ou la disposition en faveur d'un autre, de la jouissance ou de l'usufruit des biens donnés. Mais les conséquences que l'on tire de ces deux principes, et que notre article énonce, ne me paraissent pas contestées dans le droit français moderne. Le dernier alinéa de notre article n'a pas son pendant dans le code Napoléon, mais l'effet qu'il prête à la donation d'une rente viagère ou d'une somme d'argent, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une donation à cause de mort, n'est pas nié en France. Cependant nous aurons à nous demander si cet alinéa ne va pas encore plus loin.

Je me contente de citer ici ce que l'article 777 dit de la translation de la propriété de la chose donnée ; ce principe recevra plus de développement dans la section qui traite de l'effet des donations.

(*a*) C'était le texte même de l'article 273 de la coutume de Paris. L'article 274 de la coutume expliquait le sens de cette maxime en disant : " C'est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la puissance de " disposer librement de la chose par lui donnée, ou qu'il demeure en " possession jusqu'au jour de son décès." Il ne peut être question depuis " le code, de la dernière partie de l'article 274.

laquelle les donations étaient vues dans le droit coutumier, cette maxime posait une entrave à la disposition à titre gratuit, car le donateur, instruit solennellement du fait que sa libéralité serait irrévocable, qu'il ne pourrait plus la révoquer, sauf dans des cas extrêmes, quelque repentir qu'il en conçut, était porté à se laisser gagner moins facilement par les obsessions dont on pouvait l'entourer ; et la conservation des biens dans les familles—principe auquel on attachait une importance majeure—se trouvait sauvegardée.

Il est donc de principe (de l'essence de la donation, dit l'article 777) que le donateur se dessaisisse de la chose qu'il donne et que ce dessaisissement demeure irrévocable, sauf les cas prévus par la loi ou une condition résolutoire valable (art. 755). Il s'en dessaisit *actuellement*, ce qui veut dire, non pas que le donateur doit immédiatement abandonner la possession de la chose donnée—nous verrons qu'il peut s'en réserver l'usufruit—mais que le donataire acquiert dès l'instant de la donation entre vifs un droit à la chose donnée, alors que, dans le cas de la donation testamentaire, on ne lui confère qu'une simple espérance. Le donateur se dessaisit *irrévocablement*, c'est-à-dire qu'une fois la donation complétée, il ne peut, par un acte dépendant de sa volonté (*a*), priver le donataire du bénéfice de sa libéralité. Il ne peut reprendre ce qu'il a donné, et le fait même de stipuler un tel droit de révocation rendrait la donation nulle (art. 783) (*b*)

Mais remarquons que le principe que j'ai exposé n'empêche pas :

1° Que la donation soit *pure et simple*, et alors elle s'exécute immédiatement ;

2° Qu'elle soit *à terme*, quand on a fixé un délai pour son exécution, et alors le droit prend naissance immédiatement, mais l'exécution de la donation est déférée jusqu'à l'échéance du terme (*c*) ;

(*a*) Sauf le cas où il y a ouverture à l'action révocatoire pour cause d'ingratitude.

(*b*) Sauf le cas d'une donation par contrat de mariage (art. 783, 824).

(*c*) Les parties pourraient même renvoyer l'exécution de la donation à l'époque du décès du donateur, sans que la donation soit pour cela une donation à cause de mort : M. Baudry-Lacantinerie, n° 356. Bien entendu, il y aurait lieu à examiner avec soin les termes de la stipulation, car il peut arriver qu'on ait voulu éluder la prohibition de la loi. J'aurai à revenir sur cette question en examinant la validité de la donation d'une somme d'argent payable au décès du testateur.

3° Qu'elle soit *conditionnelle*, et la condition peut être suspensive ou résolutoire. Dans ce cas, également, le donataire acquiert immédiatement un droit, mais l'existence ou la résolution de ce droit sera subordonnée à l'accomplissement de la condition. Encore faut il que cette condition ne dépende pas uniquement de la volonté du donateur (art. 782) (*a*). Nous aurons à revenir sur ces questions plus loin.

Mais puisque le dessaisissement actuel et irrévocable du donateur est de l'essence même de la donation entre vifs, il s'ensuit que ce donateur ne peut se réserver le droit de révoquer la donation suivant sa seule volonté. Une telle stipulation entraînerait même la nullité de la donation entre vifs, sauf le cas où cette donation est faite dans un contrat de mariage. C'est la disposition de l'article 783 qui est en ces termes :

783. " Toute donation entre vifs stipulée révocable suivant " la seule volonté du donateur est nulle.

" Cette disposition ne s'applique pas aux donations faites " par contrat de mariage."

En cela, la donation entre vifs diffère de la donation testamentaire qui est toujours révocable. La donation entre vifs étant au contraire irrévocable, c'est donner et retenir que de stipuler le droit, par sa seule volonté, de révoquer la donation, et c'est ce que portait déjà l'article 274 de la coutume de Paris cité *supra*, p. 90, note (*a*). Comme ce dernier article le dit, une clause réservant au donateur le droit de disposer de la chose donnée serait, au même titre, une cause de nullité de la donation. Comme conséquence de ce principe, est également nulle—nous le verrons plus loin—une donation faite sous une condition qui dépend uniquement de la volonté du donateur (art. 782).

Mais il résulte de l'article 783 que la clause stipulant pour le donateur faculté de révoquer la donation pour une cause qui ne dépend pas uniquement de sa volonté serait licite et que cette condition lierait le donataire. Ainsi, le donateur peut valablement stipuler qu'il pourra révoquer la donation, s'il lui survient des enfants, car alors la donation n'est pas révocable suivant sa seule volonté. J'expliquerai davantage ce principe quand je parlerai des donations conditionnelles.

Ajoutons que la nullité qui résulte de la stipulation que le donateur pourra révoquer la donation suivant sa seule volonté,

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *loc. cit. supra*.

n'a lieu que lorsque cette stipulation s'étend à toute la donation. Lorsqu'il n'est question que d'une chose particulière qui se trouve comprise dans la donation, cette donation est sans effet quant à cette chose, mais elle vaut pour le surplus. C'est ce que porte en ces termes le deuxième alinéa de l'article 782 :

" Si le donateur s'est réservé la liberté de disposer ou de se " ressaisir à sa volonté de quelque effet compris dans la donation ou d'une somme d'argent sur les biens donnés, la " donation vaut pour le surplus, mais elle est nulle quant à la " partie retenue, qui continue d'appartenir au donateur, excepté " dans les donations par contrat de mariage " (*a*).

Comme on le voit, la donation est nulle dans la mesure que le donateur a retenu la liberté de disposition, par application de la règle que donner et retenir ne vaut. A-t-il tout retenu : toute la donation est nulle ; s'il n'a retenu qu'une partie : la nullité se restreint à cette partie. Il s'ensuit que la donation tout entière sera sans effet si le donateur s'est réservé le droit d'aliéner ce qu'il jugerait à propos de la chose donnée. Peu importe qu'il use ou qu'il n'use pas de cette faculté. La réserve du droit de disposer est équivalente à la disposition elle-même (*b*).

II. Réserve d'usufruit.—Le donateur, dit l'article 777, peut se réserver l'usufruit ou la possession précaire, et aussi céder l'usufruit à l'un et la nue propriété à l'autre, pourvu qu'il se dessaisisse de son droit à la propriété (*c*).

Cette disposition ne nous enseigne rien de nouveau. L'usufruit étant un démembrement de la propriété est une chose distincte de la nue propriété. Il est donc évident que l'on peut donner, soit la nue propriété, soit l'usufruit. Lorsqu'on donne la nue propriété, on se réserve l'usufruit, et, à moins d'une stipulation contraire, cet usufruit se joindra à la nue propriété à la

---

(*a*) L'article 946 du code Napoléon est au même effet que le deuxième alinéa de notre article 782, mais la rédaction de notre article prête moins à l'équivoque.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 489.

(*c*) Cette disposition est conforme au droit ancien. En effet, l'article 275 de la coutume de Paris, disait : " Ce n'est pas donner et retenir " quand l'on donne la propriété d'aucun héritage, retenu à soi l'usufruit " à vie ou à temps ; ou quand il y a clause de constitut ou de précaire ; " et telle vaut donation." L'article 949 du code Napoléon est dans le même sens.

mort du donateur. Lorsqu'on donne l'usufruit, on se réserve nécessairement la nue propriété, et l'usufruit reviendra au donateur s'il n'y est pas autrement pourvu, à la mort du donataire. Enfin, il est permis de donner l'usufruit à l'un et la nue propriété à l'autre ; il y aura alors deux donations distinctes, bien qu'elles soient faites par le même acte. Dans le cas du décès du donataire de l'usufruit, cet usufruit appartiendra au donataire de la nue propriété, sauf le cas d'une stipulation contraire.

La cour de cassation en France, par un arrêt du 19 février 1878 (Sirey, 1878. 1. 213 ; Dalloz 1878. 1. 377 ; Palais, 1878. 530), a jugé que le donateur a la faculté de se réserver sur les objets de sa libéralité un usufruit plus étendu que celui qui se trouve réglé par le code civil, pourvu qu'il ne porte aucune atteinte au principe de l'irrévocabilité des donations ; qu'ainsi le donateur d'un domaine avec réserve d'usufruit peut se réserver le droit de gérer, administrer et exploiter les biens par lui donnés, de faire tous baux, toutes coupes de bois, même de futaies, toutes additions, réparations, changements et modifications aux immeubles, avec liberté de jouir de ces immeubles, comme aurait pu faire le propriétaire lui-même.

L'article 950 du code Napoléon porte que " lorsque la donation d'effets mobiliers aura été faite avec réserve d'usufruit, " le donataire sera tenu, à l'expiration de l'usufruit, de " prendre les effets donnés qui se trouveront en nature, dans " l'état où ils seront ; et il aura action contre le donateur ou " ses héritiers, pour raison des choses non existantes, jusqu'à " concurrence de la valeur qui leur aura été donnée dans l'état " estimatif."

Nous n'avons pas cette disposition, laquelle du reste ne fait que reproduire d'une manière incomplète la disposition de l'article 589 du code Napoléon, et qu'on applique en totalité dans le cas de donations mobilières avec réserve d'usufruit (*a*). Ce dernier article a été reproduit textuellement par notre article 454 que j'ai expliqué en mon tome 2, pp. 559, 560. Ainsi, les droits du donateur et du donataire, dans le cas d'une telle donation, seront régis par cette disposition.

III. Droit du donataire de revendiquer la chose donnée.—L'article 777, nous l'avons vu, assimile la donation à la vente. Du reste, puisque la propriété de la chose donnée se transfère par l'effet

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 493.

de la donation, sans tradition, il était logique d'accorder l'action en revendication au donataire contre le donateur qui retient la chose donnée, droit qu'il possédait d'ailleurs sous l'ancien droit. Il est propriétaire de cette chose, son action en revendication ne saurait donc être douteuse (art. 946 C. P. C.).

Le donateur a partant, de même que le vendeur, l'obligation de délivrer la chose donnée au donataire. La délivrance est la translation de la chose en la puissance et possession de l'acquéreur (art. 1492). Cette obligation sera remplie de la part du donateur, lorsqu'il aura mis le donataire en possession actuelle de la chose ou qu'il aura consenti que le donataire en prenne possession, tous obstacles en étant écartés (article 1493). S'il s'agit d'une chose incorporelle, la délivrance se fera, ou par la remise des titres, ou par l'usage que le donataire en fera du consentement du donateur (art. 1494). Mais s'il s'agit d'une créance, le donataire n'en sera saisi, vis-à-vis du débiteur, que par l'acceptation de ce dernier ou la signification de la donation (art. 1571). La chose donnée est délivrée dans l'état où elle se trouve au moment de la donation, sauf les règles concernant la détérioration contenues au titre *Des obligations*. A compter de la donation, tous les fruits de la chose appartiennent au donataire (art. 1498). Enfin, l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel (art. 1490) *(a)*.

Le donataire a donc le droit d'exiger la délivrance de la chose donnée dès le moment que la donation se trouve complétée, sauf, bien entendu, le cas de réserve de l'usufruit de la part du donateur, auquel cas la délivrance ne peut être réclamée ou l'action en revendication exercée qu'à l'expiration de l'usufruit. Cette action lui est ouverte, contre les héritiers du donateur, même après la mort de ce dernier—quand, jusqu'à ce moment, le donateur est resté en possession de la chose donnée sans droit—et en ouvrant ce recours au donataire, le code, nous l'avons vu, a innové. Dans l'ancien droit, le donataire perdait, dans ce cas, le bénéfice de la donation.

Mais la loi a posé une condition à l'exercice de ce droit : il faut, dit l'article 777, que la donation ait été enregistrée *du vivant du donateur*. En l'absence de cet enregistrement, la donation devient sans effet à l'égard des héritiers du donateur, et la revendication n'est plus recevable.

Il ne faut pas conclure des termes de l'alinéa 5 de l'article

(a) J'ai indiqué les principales règles de la délivrance en matière de vente qui me paraissent applicables à la donation.

777 que l'enregistrement de la donation n'est requis que dans le seul cas où " sans réserve d'usufruit ou de précaire, le donateur reste en possession sans réclamation jusqu'à son décès." Ainsi que nous le verrons plus loin, l'enregistrement est en principe une condition de forme nécessaire pour que la donation soit valable ; il est vrai que le défaut d'enregistrement ne peut être opposé par le donateur ni par le donataire ou ses héritiers (art. 806), mais à l'égard de tous autres intéressés, y compris les héritiers et légataires du donateur, la donation non enregistrée est sans effet.

Mais supposons que le donateur décède immédiatement après la donation et avant qu'elle ait pu être enregistrée. Le donataire pourra-t-il dans ce cas faire valablement enregistrer la donation après le décès du donateur et revendiquer la chose donnée ?

L'affirmative aurait été certaine sous l'ancien droit. Les ordonnances avaient prévu le cas. Elles fixaient un délai pour l'insinuation de la donation (quatre mois pour le regard des biens et personnes de ceux qui demeuraient dans le royaume et six mois pour ceux qui étaient hors du royaume), et portaient que " si, dans le dit temps, le donateur ou donataire décédait, pourra néanmoins l'insinuation être faite dedans le dit temps, à compter du jour du contrat " (*a*).

Mais nous verrons plus loin, dans la section IV de ce chapitre, que notre code ne fixe aucun délai pour l'enregistrement de l'acte, et que les donations ne sont plus soumises aux règles de l'insinuation (art. 809). J'en tirerai la conséquence que la donation doit de toute nécessité être enregistrée du vivant du donateur.

Pour revenir à l'espèce que j'ai supposée, je crois que la mort du donateur fixe irrévocablement le sort de la donation et que son enregistrement subséquent est sans effet à l'égard des héritiers et légataires du donateur. J'ai d'autant moins d'hésitation à adopter cette solution que nous avons ici un texte formel qui n'accorde l'action en revendication contre l'héritier qu'à la condition formelle que l'acte ait été enregistré du vivant du donateur. Le donataire est sans doute à plaindre, il perd le bénéfice de la donation par suite d'un pur accident. Cependant des considérations de commisération ne nous autorisent pas à distinguer lorsque le législateur ne distingue pas. *Dura lex, sed lex !*

(*a*) Voy. l'ordonnance de 1549, art. 98, citée par Ricard, *Donations*, t. 1er, no 1254, et l'ordonnance de Moulins (février 1566), art. 58.

L'article 777 permet au donataire de demander, s'il n'obtient pas la chose donnée, la résolution de la donation, sans préjudice aux dommages-intérêts dans les cas où ils sont exigibles. Son premier droit, il est clair, c'est de se faire délivrer la chose donnée ; le droit de résolution s'ouvre pour lui lorsqu'il ne peut obtenir cette délivrance. Il est élémentaire de dire que le donataire ne doit pas rester obligé aux charges qu'il a assumées, en considération de la donation, lorsqu'il ne peut obtenir la chose qu'on lui avait donnée. Il y a sous ce rapport une différence à signaler entre le cas du donateur et celui du donataire : l'inexécution de la donation par le premier est une cause de résolution en faveur du second, tandis que cette inexécution par le donataire ne donne ouverture à l'action en résolution, en faveur du donateur, que lorsque le droit de résolution a été stipulé à l'acte (art. 816).

Le donataire, dit l'article 777, peut demander que la donation soit résolue, sans préjudice aux dommages-intérêts, *dans les cas où ils sont exigibles.* Dans quels cas ces dommages-intérêts sont-ils exigibles ?

Les codificateurs répondent que les dommages-intérêts pour refus de livrer la chose étant un résultat de la garantie, n'ont lieu que dans le cas où cette garantie existe. Or, la donation ne comporte par l'effet de la loi seule aucune obligation de garantie de la part du donateur (art. 796). Donc il ne peut être question de dommages-intérêts que lorsqu'il y a eu stipulation de garantie. Le même principe a lieu en matière de vente ; la stipulation de non-garantie de la part du vendeur exclut la réclamation de dommages-intérêts de la part de l'acheteur (art. 1510, 1511).

IV. Donation d'une rente, d'une somme d'argent ou d'une autre chose non déterminée.—Dans ces cas, la donation est productive d'obligations et non translative de propriété. Si une rente est donnée, le donateur en devient débiteur vis-à-vis du donataire et doit lui en servir les arrérages. Il en est de même de la donation d'une somme d'argent ; cette donation rend le donataire créancier du donateur. Quant à la donation d'une chose indéterminée, par exemple, tant de minots de blé à prendre dans telle grange, cette donation ne transférera pas la propriété du blé tant qu'il n'aura pas été mesuré, comme dans le cas de la vente (art. 1474). Jusqu'à ce moment le donataire ne pourra pas exercer la revendication ; son action se bornera à demander la délivrance ou la valeur de la chose donnée. Dans

tous ces cas le donateur est dessaisi en ce sens qu'il devient le débiteur du donataire (art. 777, al. 6). Ces principes sont élémentaires et ne peuvent donner lieu à aucune difficulté.

§ V.—*Des biens qui peuvent faire l'objet d'une donation. Biens présents—Biens futurs.*

Nous avons maintenant à étudier l'une des conséquences les plus importantes du principe que donner et retenir ne vaut. Le donateur devant se dessaisir actuellement et irrévocablement de la chose donnée, il s'ensuit que l'objet de la donation doit être une chose qu'il possède actuellement, au moment qu'il la donne. Si c'est une chose qu'il se propose d'acquérir, qu'il ne possède pas encore, l'effet de la donation dépendra de sa seule volonté puisqu'il sera maître de ne point l'acquérir. Il ne peut se dessaisir que de ce qu'il a. De là, la conséquence que seuls les biens actuels et présents peuvent être l'objet d'une donation entre vifs. C'est ce que l'article 778 décrète en ces termes :

778. " L'on ne peut donner que les biens présents par actes " entre vifs. Toute donation des biens à venir par les mêmes " actes est nulle comme faite à cause de mort. Celle faite à la " fois des biens présents et de ceux à venir est nulle quant à " ces derniers, mais la disposition cumulative ne rend pas " nulle la donation des biens présents (*a*).

" La prohibition contenue au présent article ne s'applique " pas aux donations faites par contrat de mariage." (*b*).

Que faut-il entendre par *biens présents* et par *biens à venir ?*

On définit les *biens présents*, ceux qui figurent dans le patrimoine du donateur au moment de la donation, ou qui

---

(*a*) En admettant la validité, quant aux biens présents, d'une disposition comprenant des biens présents et des biens à venir, nos codificateurs ont adopté la règle consacrée par l'ancienne jurisprudence française, critiquée en cela par Ricard et par Pothier. L'ordonnance de 1731 (art. 15) regardant la disposition cumulative comme indivisible dans la pensée du donateur, avait donné raison aux critiques en l'annulant tout entière. La divisibilité de la donation cumulative est maintenant la règle, conformément à la maxime *utile per inutile non vitiatur*. L'article 943 C. N. est dans le même sens et on peut s'étonner que les codificateurs y aient vu le contraire.

(*b*) La disposition de l'article 943 du code Napoléon est au même effet. *Junge* l'article 947 C. N., quant aux donations par contrat de marige.

doivent y entrer plus tard en vertu d'un droit actuellement existant (*a*).

Ainsi, je puis donner une chose dont je suis actuellement propriétaire, par exemple, tel jardin. Je puis également donner une chose qui ne figure pas encore dans mon patrimoine, qui n'existe même pas au moment de la donation, mais qui doit m'appartenir plus tard en vertu d'un droit que je possède actuellement. Ainsi, étant propriétaire d'un jardin je puis donner les fruits que ce jardin produira l'année prochaine. Il est possible que ce jardin ne produise pas de fruits, qu'il soit même détruit avant la récolte par un cas fortuit. Mais ces fruits sont des biens présents dans ce sens que j'y ai dès maintenant droit. Je puis, en vertu du même principe, donner des biens sur lesquels j'ai un droit conditionnel et la donation sera subordonnée à l'accomplissement de la condition. Ce qu'il importe, c'est que j'aie actuellement un droit et que je m'en dessaisisse irrévocablement.

Les *biens à venir* sont ceux qui n'appartiennent pas au donateur au temps de la donation, et auxquels il n'a pour le moment aucun droit même conditionnel, ceux qui ne pourront entrer dans son patrimoine qu'en vertu d'un acte dépendant de sa volonté (*b*).

La nullité de la donation portant sur de semblables biens résulte du fait que le donateur étant libre de ne point les acquérir, la donation est entièrement subordonnée à sa volonté, violant le principe : *donner et retenir ne vaut.*

On donne divers exemples de donations qui sont ainsi prohibées comme portant sur des biens à venir. Ainsi seraient nulles à ce titre :

1° La donation de tel bien que le donateur se propose d'acquérir. Il n'est aucun doute que d'après les principes cette donation serait nulle. Mais nous avons vu que l'article 773, qui prononce à bon droit la nullité de la donation entre vifs de la chose d'autrui, ajoute néanmoins que cette donation est valide "si le donateur en devient ensuite propriétaire." J'ai critiqué cette disposition ailleurs (*c*). En effet, il est clair que la donation d'une chose que le donateur se propose d'acquérir est la donation de la chose d'autrui. Or si cette donation est nulle dès le principe, comme portant sur un bien à

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 485.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*

(*c*) *Supra*, p. 55.

venir, on ne comprend pas qu'elle puisse devenir valable par le fait que le donateur deviendrait ensuite propriétaire de cette chose. Car le donateur en principe ne s'oblige à aucune garantie, il n'est censé donner la chose qu'autant qu'elle est à lui (art. 796). Or, si elle ne lui appartient pas, si c'est la chose d'autrui, le donateur ne s'oblige à rien, et la donation est nulle faute d'objet. Le donateur n'a aucun droit à cette chose, pas même un droit conditionnel. La donation dépend donc entièrement de sa volonté, puisqu'il est libre de ne point acquérir la chose qu'il a prétendu donner, et si elle entre plus tard dans son patrimoine par droit de succession, le sort de la donation dépend encore de sa volonté, car il est libre de répudier la succession, et alors il est censé n'avoir jamais été héritier (art. 652).

Je ne crois pas qu'on puisse mettre en doute cette exposition de doctrine. Donc, si nous admettons le tempérament à la nullité de la donation de la chose d'autrui qu'énonce l'article 773, il en résultera nécessairement quelque confusion dans l'application du principe *donner et retenir ne vaut.* Mais l'article 773 étant formel, je ne crois pas que nous puissions le négliger, car le législateur peut admettre les exceptions qu'il veut au principe qui défend de donner entre vifs des biens à venir. Etant donc acquis que la donation de la chose d'autrui est valide " si le donateur en devient ensuite propriétaire," il s'ensuit que la donation d'une chose que le donateur se propose d'acquérir sera nulle, sauf dans le cas où le donateur fait ensuite l'acquisition de cette chose. Passons maintenant aux autres exemples qu'on donne de donations de biens à venir.

2° La donation de biens que le donateur est appelé éventuellement à recueillir en qualité d'héritier présomptif d'une personne encore vivante. Ici la nullité ne saurait être douteuse, car outre qu'il s'agit dans ce cas de biens à venir, la donation est nulle comme renfermant implicitement un pacte sur une succession future, car le donateur se désiste d'avance de la faculté qu'il aurait de répudier la succession (art. 658, 1061). Ainsi la circonstance que le donateur recueillerait plus tard les biens dont il a prétendu disposer, ne pourrait valider une convention contraire à l'ordre public.

3° La donation de tous les biens que le disposant laissera à l'époque de son décès. Ici encore la nullité n'est pas douteuse, car dans ses termes la disposition est faite à cause de mort. D'ailleurs, aucun des biens qui appartiennent actuellement au donateur n'est compris dans cette donation comme

bien présent, puisqu'il ne les donne que sous la condition qu'ils lui appartiendront encore lors de son décès. Il se réserve donc le droit de priver la donation d'effet en disposant de tous ses biens et en négligeant d'en acquérir d'autres. Une telle disposition est de la nature du testament, mais ne saurait être faite par donation entre vifs (*a*). Cependant il ne faudrait pas confondre avec une semblable donation, celle qu'on ferait d'un bien présent, à la condition que le donataire n'en prendrait possession qu'à la mort du donateur. Cette stipulation est formellement permise aux termes de l'article 777.

4° La donation d'une somme d'argent *à prendre sur les biens que le donateur laissera à l'époque de son décès*. Nous avons vu à l'article 777 que l'on peut donner une somme d'argent et qu'alors le donateur se constitue débiteur du donataire. Telle n'est pas l'hypothèse que je fais en ce moment. Je suppose que le donateur donne une somme d'argent, laquelle est payable lors de son décès—ce qui, nous le verrons, ne serait pas une cause de nullité—mais on ajoute que le donataire prendra cette somme sur les biens que le donateur laissera en mourant. Cette restriction amène l'application de ce que je viens de dire quant à l'espèce qui précède, et me force de conclure à la nullité de la donation. Le donataire n'aura droit à la somme donnée qu'autant que le donateur aura laissé dans sa succession des biens suffisants pour lui procurer cette somme. Partant, le donateur peut rendre la donation inefficace en dissipant ses biens (*b*). D'ailleurs, dans ses termes cette donation est à cause de mort. Remarquons toutefois qu'il n'y a en tout ceci qu'une question d'interprétation de la volonté du donateur. Donc, on devrait maintenir la donation dans le cas où il résulterait des faits et des circonstances, que le donateur n'a nullement entendu subordonner l'exécution de la donation à la suffisance des biens laissés par lui à son décès, ou disposer à cause de mort. Ainsi il a donné des garanties au donataire, ce qui permettrait de conclure qu'il n'a voulu stipuler autre chose qu'un terme pour le paiement. (M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, t. 1er, n° 1443).

Mais nous avons vu que s'il confère immédiatement un droit irrévocable au donataire, le donateur peut différer la délivrance de la chose donnée jusqu'à l'époque de sa mort. Est

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 485.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*

donc valable la donation d'une somme d'argent, *payable au décès du donateur.* Quelques auteurs, nous le verrons plus loin, ont contesté cette solution que la plupart des commentateurs n'ont pas hésité à accueillir (*a*). Le donateur, dans ce cas comme dans l'autre, objectent-ils, peut rendre la donation inutile en dissipant son patrimoine. Mais ce résultat n'est qu'accidentel, et le donataire peut le prévenir en prenant des mesures conservatoires. Dans toute donation entre vifs, il importe de se demander si le donateur a actuellement conféré un droit irrévocable au donataire. Or, on ne saurait en douter dans le cas d'une donation payable au décès du donateur. L'insolvabilité de celui-ci n'empêche pas qu'il ne demeure le débiteur du donataire. Au contraire, quand on donne une somme payable sur les biens que le donateur laissera à son décès, on fait une donation conditionnelle qui n'aurait effet qu'autant que la condition se réalise, c'est-à-dire que le donateur laisse des biens suffisants. Or, le donateur peut faire manquer cette condition par sa seule volonté en dissipant ses biens. Il n'a donc conféré aucun droit actuel et irrévocable au donataire. Il faut sans doute, puisqu'au fond, nous l'avons vu, ce n'est qu'une question d'interprétation de l'intention du donateur, scruter les termes de la donation—ce qui sera souvent une tâche assez délicate—afin de voir s'il s'agit d'un simple terme de paiement, et alors la donation sera valide, ou d'un recours sur des biens futurs et subordonné à l'existence de ces biens, et alors la donation sera nulle. Le fait d'indiquer tel ou tel bien présent sur lequel se limitera le recours du donataire, n'empêche pas que la donation ne confère un droit actuel et irrévocable au donataire, mais la condition de prendre la somme sur les biens que le donateur pourra laisser dans sa succession, entraînera la nullité de la disposition (*b*).

Conformément à cette doctrine, feu le juge en chef Meredith, dans la cause de *Bourget* v. *Guay*, (8 Q. L. R., p. 173), a prononcé la nullité d'une donation entre vifs d'une somme d'argent, payable à la mort du donateur, et " à prendre sur tous les biens meubles et immeubles les plus clairs et apparents qui se trouveront lui appartenir au jour de son décès."

(*a*) Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 894 C. N., nº 15.

(*b*) Voy. l'indication de plusieurs circonstances, qui pourraient aider à découvrir la véritable intention du donateur, dans Sirey et Gilbert, art. 894 C. N., nºˢ 21 et suiv.

M. Baudry-Lacantinerie (nº 485) dit que la donation d'une somme d'argent payable au décès du donateur, ne cesserait pas d'être valable par suite de cette circonstance que les biens appartenant au donateur lors de la donation seraient insuffisants pour en assurer le paiement, car cela n'empêche pas que le donateur ne devienne actuellement et irrévocablement débiteur de la somme promise (*a*). Et il enseigne que dans cette espèce, et sauf le cas de fraude, les créanciers chirographaires du donateur n'auraient, lors du décès du donateur, aucun droit de préférence sur le donataire qui viendrait en concours avec eux, en cas d'insuffisance des biens du donateur, et leur serait même préféré s'il avait une hypothèque.

Je reconnais bien en principe la validité de cette donation, mais je dois faire remarquer que, dans ce cas, les créanciers antérieurs du donateur, hypothécaires ou non, pourront la faire révoquer, quand même l'insolvabilité produite par la donation serait inconnue du donataire. Il y aura alors présomption de fraude (art. 803 et 1034). Mais quant aux créanciers postérieurs, le concours ou la préférence auront lieu tel qu'indiqué par M. Baudry-Lacantinerie, et si les créanciers antérieurs n'invoquent pas la fraude, ils n'auront qu'à subir le concours du donataire.

Mais que décider lorsqu'un même donateur a fait successivement plusieurs donations de sommes d'argent payables à son décès, et qu'à cette époque le patrimoine du disposant ne suffit pas pour payer les donataires ? D'après la jurisprudence, en France, on devra donner la préférence au donataire le plus ancien et ainsi de suite (*b*). Sans cela, dit-on, le donateur pourrait effectivement révoquer en partie une première donation en en faisant une seconde. On invoque également l'article 1083 du code Napoléon (notre article 823) qui, quant aux donations à cause de mort, par contrat de mariage, défend au donateur de révoquer la donation ou de disposer des biens donnés par donations entre vifs ; et ce que la loi dit des donations de biens à venir, qui sont moins irrévocables que les donations ordinaires, doit, à plus forte raison, dit-on, s'appliquer à ces

(*a*) Telle est également la solution de la plupart des auteurs, mais il y a, je l'ai dit, quelques dissidents. Voy. Sirey et Gilbert, sur l'art. 894 C. N., nº 19.

(*b*) La jurisprudence, en France, préfère le plus ancien donataire, même lorsque le plus récent a hypothèque. Quelques auteurs adoptent cette solution, mais la doctrine en général est en sens contraire. Voy. Sirey et Gilbert, art. 894 C. N., nº 28.

dernières. On trouve de plus un puissant argument d'analogie dans l'article 923 du code Napoléon qui, au cas d'atteinte portée à la réserve, ordonne de réduire les donations, en commençant par la plus récente. C'est bien ce qu'on décidait dans l'ancien droit dans le même cas (*a*), mais nous n'avons plus cette disposition dans notre code, car il n'y a plus ni réserve ni légitime.

Comme je l'ai dit, la doctrine en général, en France, adopte la solution contraire. Puisque le donataire d'une somme d'argent, dit-on, concourt au marc la livre avec les créanciers chirographaires à titre onéreux sur les biens du donateur décédé insolvable, il ne doit pas en être autrement lorsque deux donataires se trouvent en présence. Si, par la donation, le premier donataire a pris place parmi les créanciers, il faut en dire autant du second, et alors il n'y a que deux créanciers en concours, et il n'y a pas lieu à rechercher quelle est l'origine de leur créance. Chacun des donataires conserve en effet le droit qui a été créé à son profit, c'est-à-dire un droit de créance personnelle, soumise à toutes les éventualités qui, dans l'avenir, pourront augmenter ou diminuer le nombre des créanciers du même débiteur (*b*).

Remarquons, quant à toutes ces questions — validité de la donation d'une somme d'argent payable au décès du donateur, concours entre le donataire et les créanciers du donateur, ou entre deux donataires gratifiés par le même donateur—que deux opinions bien distinctes, et également logiques, étant donné le point de départ de chacune, sont en présence.

Le point de départ, c'est la question de la validité de la donation d'une somme d'argent payable au décès du donateur. Suivant la plupart des auteurs et la jurisprudence française, cette donation est valable. On peut donner, disent-ils, toutes sortes de biens, des biens incorporels comme des biens corporels. Donc, on peut donner une créance, et dès l'instant de la donation le donateur deviendra le débiteur du donataire. Qu'importe alors que la créance soit payable à terme et que ce terme soit le décès du donateur ? Le dessaisissement de ce dernier a été *actuel* et *irrévocable : actuel*, car la créance entre immédiatement dans le patrimoine du donataire, qui peut en

(*a*) Voy. *supra*, p. 20.

(*b*) Demolombe, t. 20, nº 401 ; M. Huc, t. 6, nº 220. M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, t. 1er, nos 1450 et suiv. expose le partage d'opinion sur cette question sans la trancher lui-même.

disposer ou la transmettre à ses héritiers ; *irrévocable*, car il ne dépend plus du donateur de cesser d'être débiteur du donataire, il ne peut anéantir ou diminuer le droit dont il a saisi le donataire. Qu'importe donc que le donateur puisse, en dissipant ses biens, rendre vaine la créance du donataire ? Il ne faut pas confondre le droit avec le fait. Sans doute, l'efficacité du droit d'un créancier personnel à terme est subordonnée à la solvabilité future de son débiteur, mais elle l'est, en fait, pour le paiement, pour l'exécution, et non pas, en droit, pour l'existence même de la créance que le débiteur ne pourra jamais affecter (*a*).

Laurent, t. 12, n[os] 418 et suiv., admet bien que cette solution est conforme aux principes généraux, mais, dit-il, elle est contraire à la tradition. Il voit dans la règle *Donner et retenir ne vaut* une dérogation aux vrais principes. Il place donc la question uniquement sur le terrain de la tradition française. Il cite Pothier (*Introd. à la coutume d'Orléans*, tit. 15, n° 18) qui disait que " toute clause qui laisse au donateur le pouvoir de détruire ou d'altérer l'effet de sa donation, " la rend nulle," et Ferrière (*Grand coutumier*, art. 274, t. 3, p. 1245) qui était d'avis que le donateur " est présumé donner " et retenir quand, par quelque clause renfermée dans le contrat de donation, il peut directement ou *indirectement révoquer* et rendre *inutile* la donation qu'il aurait faite." Du reste, Pothier (*eod. tit.*, n° 24) posait la même espèce : " Lorsque " quelqu'un," dit-il, " me fait donation d'une certaine somme, " payable seulement après sa mort, dont il se constitue envers " moi le débiteur, je pense que la donation est valable et que " je dois être censé suffisamment mis en possession de la chose " donnée par l'acte même de donation, par lequel je suis fait " d'une manière irrévocable créancier de la créance qui m'est " donnée, *et par la clause de dessaisissement par laquelle le " donateur se dessaisit envers moi de ses biens jusqu'à due " concurrence, en les chargeant de cette dette pour moi* " (*b*).

Laurent conclut de là que, d'après la tradition, il fallait garantir le donataire contre le pouvoir que le donateur a de disposer de ses biens et de détruire la donation ou de l'altérer.

(*a*) Voy. notamment Demolombe, t. 20, n° 392. Il cite quelques autorités de l'ancien droit, mais nous verrons qu'on lui conteste le suffrage des vieux auteurs.

(*b*) Laurent se réfère également à Ricard, *Donations*, 1[ère] partie. n[os] 1001 et 1006 et Ferrière, ouvrage cité, t. 3, p. 1229, n[os] 5 et 6.

La donation ne devenait valable que moyennant le dessaisissement par le donateur de ses biens jusqu'à concurrence de la somme donnée, en assurant le donataire contre toute révocation indirecte. Il est donc d'avis que si cette garantie—une hypothèque par exemple—manque, la donation sera nulle.

Dans cette dernière opinion, il ne peut être question de concours entre le donataire et les créanciers chirographaires du donateur, car la donation n'est valable que lorsqu'elle est assurée par une hypothèque ou autre garantie sur les biens présents du donateur, ce qui exclut l'idée de ce concours. Dans le cas de concours entre deux donataires successifs, le premier sera tout naturellement préféré, car le donateur ne pouvait révoquer en partie la première donation en en faisant une seconde.

L'autre opinion, au contraire, conduit logiquement à admettre le concours au marc la livre entre le donataire et les créanciers chirographaires du donateur et le même concours entre deux donataires. Seulement la jurisprudence française, qui a admis la validité de la donation, a manqué de logique en préférant le premier donataire au second.

J'ai dit plus haut que je reconnaissais la validité de la donation d'une somme d'argent payable au décès du donateur. Les raisons invoquées par Laurent sont sans doute des plus graves. Cependant, les anciens auteurs qu'il cite, et surtout Pothier, me semblent s'être principalement préoccupés de la prise de possession du donataire. Aujourd'hui, la tradition n'est plus requise, la propriété de la chose donnée passe au donataire de plein droit, et l'alinéa 6 de notre article 777 dit expressément — et sans distinguer la créance payable à terme de celle qui est exigible immédiatement — que la donation d'une somme d'argent *dessaisit le donateur en ce sens qu'il devient le débiteur du donataire.* D'ailleurs, les textes étant identiques ou guère s'en faut, il y aurait témérité à rejeter l'interprétation qu'on donne en général à l'article 943 du code Napoléon. Il est indéniable que notre législateur a tenu encore moins compte de la règle *Donner et retenir ne vaut* que les auteurs du code français. En validant après coup la donation de la chose d'autrui, par suite de l'acquisition subséquente qu'en fait le donateur, il me paraît en avoir affaibli la portée d'une manière très considérable, et j'hésiterais à m'appuyer sur cette règle pour rejeter une décision que tout le monde reconnaît être conforme aux principes.

Sur les deux autres points, j'adopte la solution de Demo-

lombe, la seule logique en vue des prémisses. Il faut donc décider que le donataire concourra, non seulement avec un créancier chirographaire, mais avec un donataire subséquent, sauf toujours le cas de fraude.

Bien entendu, toutes ces restrictions ne s'appliquent pas à une donation faite par contrat de mariage, comme notre article 778, conforme en cela à l'ordonnance de 1731 (art. 17), le dit expressément. Nous étudierons ces donations de biens à venir par contrat de mariage, dans la section VI de ce chapitre.

Nous n'avons que très peu de jurisprudence sur l'article 778. J'ai cité plus haut l'arrêt rendu dans la cause de *Bourget* v. *Guay*. Dans une autre cause de *Morency* & *Morency* (8 R. L., p. 634), la cour d'appel paraît avoir jugé—le rapport manque de clarté—qu'un testament qui ratifie une donation n'est censé le faire que pour les dispositions qui sont légales dans une donation entre vifs, et qu'ainsi une donation donnant des biens présents et des biens à venir, qui est ratifiée par un testament subséquent, ne l'est que quant aux biens présents.

Dans une cause de *Newton* v. *Cruse* (6 L. N., p. 107), on a jugé que la donation d'une somme d'argent, payable après la mort du donateur mais assurée par hypothèque, n'est pas nulle comme étant une donation à cause de mort.

Je puis renvoyer sommairement à un arrêt d'espèce, *Lacombe* v. *Mallette* (R. J. Q., 5 C. S., p. 193), dans laquelle il s'agissait de l'interprétation d'un acte de donation ; il en ressort qu'on doit surtout, dans une donation comme dans un testament, tenir compte de l'intention du disposant, laquelle peut s'inférer de l'ensemble de l'acte, de la nature et de la destination des choses données, des circonstances particulières de la vie du disposant, ainsi que des liens de parenté qui l'unissaient au donataire.

Enfin citons une décision récente de la cour de revision à Montréal, dans la cause de *Boucher* v. *Morrison* (R. J. Q., 13 C. S., p. 205), où cette cour a jugé, confirmant le jugement du juge Curran (R. J. Q, 12 C. S., p. 162), que la donation d'une somme d'argent, à prendre sur la succession du donateur dès l'instant de son décès, avant partage de ses biens, est une donation à cause de mort et partant nulle ; que cette nullité étant absolue, l'acceptation par les héritiers du compte de l'exécuteur testamentaire constatant paiement de cette somme au donataire, ne valide pas la donation et n'en constitue pas une ratification.

§ VI.—*Des modalités sous lesquelles les donations peuvent être faites.*

Nous savons maintenant quels biens peuvent être l'objet de la donation entre vifs. Il nous reste à étudier les diverses modalités que la donation peut présenter. A ce point de vue la donation peut être :

1° universelle, à titre universel ou à titre particulier ;
2° exécutoire immédiatement ou à terme ;
3° conditionnelle.

Je donnerai quelques explications sur chacune de ces catégories.

I. Donation universelle, à titre universel, ou à titre particulier.— En envisageant les biens qui peuvent être l'objet d'une donation, le législateur a trouvé utile de créer cette division des donations, dont les effets pratiques sont des plus importants. Citons d'abord l'article 780.

780. " L'on peut donner tous les biens et la donation est " alors universelle ; ou l'universalité des biens meubles ou des " immeubles, des biens de la communauté matrimoniale, ou " autre universalité, ou une quote-part de ces sortes de biens, " et la donation dans ces cas est à titre universel ; ou bien la " donation est limitée à des choses désignées particulièrement " et elle est alors à titre particulier."

Cet article ne se trouve pas au code Napoléon. La classification qu'il donne est la même que celle des legs, qui se subdivisent en legs universels, à titre universel et à titre particulier. Son importance est à l'égard de la responsabilité du donataire pour les dettes du donateur, laquelle est illimitée dans le premier cas, proportionnelle à l'émolument dans le second et nulle dans le troisième (art. 797, 799). Il me suffit d'indiquer ici cet effet de la classification de l'article 780 ; les développements trouveront leur place dans la section III de ce chapitre.

Remarquons à ce sujet que, comme le dit Pothier, (*Donations*, éd. Bugnet, t. 8, n° 139), un donataire n'est pas moins censé donataire du total des biens, quoique le donateur ait excepté de la donation plusieurs choses particulières quel qu'en soit le nombre ou la valeur, et quand même elles feraient la plus grande partie de ses biens. Il en est de même du donataire à titre universel. Telle est du reste la disposition formelle de l'article 801.

Il y avait dans l'ancien droit une espèce de donation universelle, la *démission de biens* qui, nous l'avons vu, *supra*, p. 5, n'existe plus dans notre droit, du moins dans sa vieille forme. Aujourd'hui, elle ne se distingue nullement de la donation universelle ; elle ne peut comprendre que des biens présents, elle est irrévocable, sauf dans le cas d'une donation par contrat de mariage, et elle doit revêtir toutes les formes des donations entre vifs. C'est ce que l'article 781 porte en ces termes :

781. " La démission ou le partage actuel des biens présents " sont considérés comme donations entre vifs et sujets aux " règles qui les concernent.

" Les mêmes dispositions ne peuvent être faites à cause de " mort par actes entre vifs, qu'au moyen d'une donation con- " tenue en un contrat de mariage, dont il est traité en la " section sixième du présent chapitre."

Cet article n'existe pas dans le code Napoléon, mais on y reconnaît une sorte de démission de biens, le *partage d'ascendants*, que les père et mère et autres ascendants peuvent faire entre leurs enfants et descendants (art. 1075 et suiv., C. N.) (*a*). Le partage d'ascendants, tel qu'organisé par le droit français moderne, n'existe pas dans notre droit. Les ascendants, bien entendu, peuvent partager leurs biens entre leurs enfants ou descendants par donation ou par testament d'après le droit commun et avec pleine liberté, sauf les conditions posées par la loi quant aux dispositions à titre gratuit.

II. Donation exécutoire immédiatement ou à terme.—La donation peut être stipulée exécutoire immédiatement, et alors le donataire a droit à la possession de la chose donnée dès le

(*a*) Le *partage d'ascendants*, dans le droit français moderne, peut être fait par actes entre vifs ou testamentaires. Dans le premier cas, il ne peut avoir pour objet que les biens présents (art. 1076 C. N.). Si tous les biens que l'ascendant laissera à son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ses biens qui n'y sont pas compris sont partagés conformément à la loi (art. 1077 C. N.). Si le partage n'a pas été fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants des enfants prédécédés, le partage est nul pour le tout, et il ne peut en être provoqué un nouveau dans la forme légale, soit par les enfants ou descendants qui n'y ont reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage a été fait (art. 1078 C. N.). Ce partage peut être attaqué pour lésion de plus du quart et lorsqu'il résulte du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartageants aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet (art. 1079 C. N.). Il y a aussi des dispositions particulières quant aux frais (art. 1080 C. N.).

moment de la donation ; ou bien elle peut être faite à terme, et alors l'exécution en est différée. Dans ce dernier cas, le droit du donataire prend naissance immédiatement, mais il ne peut réclamer la possession de la chose donnée qu'à l'échéance du terme. Ce terme, nous l'avons vu, peut être fixé au décès du donateur. Quand il y a stipulation de terme, le donateur a l'usufruit de la chose jusqu'à l'échéance, à moins que le contraire ne résulte des stipulations de la donation. La stipulation d'un terme et la réserve d'usufruit se confondront donc facilement.

Il faut distinguer le terme de la condition. La condition suspend l'existence même de la donation, lorsqu'elle est suspensive ; elle la résout quand elle est résolutoire. Le terme ne diffère que l'exécution de la donation, mais cette donation existe dès le moment de l'acte. Cependant la condition qualifiée telle peut n'être qu'un terme. Ainsi, Pierre donne ses biens à Paul au cas où son fils mourra. Il est certain que le fils de Pierre mourra et la condition n'en est pas une (art. 1079). Elle ne fait que suspendre l'exécution de la donation qui prendra effet à la mort du fils de Pierre (Voy. l'art. 902).

III. Donation conditionnelle.—Tout contrat peut être conditionnel. Celui qui s'oblige a le droit de subordonner son consentement à des conditions, comme il peut aussi s'obliger d'une manière pure et simple. Toute condition qui ne réduit pas la convention à un pur néant ou qui n'est pas contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, doit être respectée (art. 1079, 1080). Tel est le droit commun en matière de contrats, et il en est de même des donations (art. 760).

Un contrat est conditionnel lorsqu'il dépend d'un événement *futur* et *incertain*. Si l'événement n'est pas *futur*, c'est-à-dire s'il est déjà arrivé, bien qu'il soit inconnu des parties, le contrat est pur et simple et il a son effet du moment qu'il a été fait. Si l'événement quoique futur n'est pas *incertain*, il ne constitue pas une condition ; l'obligation est à terme (*a*).

La condition est *suspensive* ou *résolutoire*. Dans le premier cas elle subordonne l'existence de l'obligation à l'arrivée de l'événement ; dans le second, elle met fin au contrat dès que cet événement se produit.

(*a*) A vrai dire, pour être *incertain*, un événement doit être *futur*. On comprend donc que c'est l'*incertitude* de l'événement qui forme la condition.

La condition est de plus *potestative, casuelle* ou *mixte*. La condition est *potestative* ou *facultative* lorsqu'elle fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties de faire arriver ou de faire manquer. Elle est *casuelle* quand elle dépend du hasard et qu'elle n'est nullement au pouvoir du créancier ou du débiteur. Enfin, elle est *mixte* quand elle dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de celle d'un tiers (*a*).

L'article 1081 nous dit qu'une obligation est nulle lorsqu'elle est contractée sous une condition purement facultative de la part de celui qui s'oblige.

Cet article est au même effet que l'article 1174 du code Napoléon, mais Demolombe (t. 20, nº 417) fait observer que le législateur a ici en vue la condition purement et absolument potestative : *Si je veux, si cela me plaît, ex mero arbitrio,* et non celle qu'il a définie à l'article 1170 du code Napoléon, dont j'ai reproduit la définition plus haut.

De fait, remarquons qu'il y a la condition *purement potestative* et la condition *simplement potestative.* La première dépend uniquement de la volonté de la partie. Ainsi, je m'oblige de faire telle chose *si je veux.* Le bon sens nous dit qu'il n'y a là aucune obligation et le législateur n'avait pas besoin de décréter la nullité d'une telle obligation, ainsi qu'il l'a fait dans l'article 1081. La condition est *simplement potestative,* ou *potestative,* quand la partie s'oblige sous une condition qui dépend de sa volonté et du hasard. Ainsi, je m'oblige à vous vendre ma maison de ville si je vais demeurer à la campagne ou si je me marie. Des circonstances indépendantes de ma volonté peuvent m'empêcher de m'établir à la campagne ou de me marier ; ainsi la réalisation de la condition dépend dans une certaine mesure du hasard (*b*). Cette condition est celle que prévoit l'article 1081 lorsqu'il dit que si la condition consiste à faire ou à ne pas faire un acte déterminé, quoique cet acte dépende de sa volonté, l'obligation est valable.

(*a*) Pothier, *Obligations,* nº 201. Le code Napoléon a reproduit presque textuellement les définitions de Pothier dans les articles 1169, 1170 et 1171, mais notre code n'a pas emprunté ces dispositions. On décide, sous l'article 1171 du code Napoléon, qu'une condition qui dépend de la volonté d'une des parties et du hasard est potestative et que celle qui dépend de la volonté d'un tiers est casuelle : M. Baudry-Lacantinerie, t. 2, nº 931.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments,* t. 1er, nº 1456.

Un contrat ordinaire n'est nul que lorsqu'il est contracté sous une condition purement potestative ; lorsque la condition est simplement potestative, comme si je promets de vous vendre ma maison de ville si je m'établis à la campagne, le contrat est valable (*a*).

Tel est le principe en matière de contrats ordinaires. Il en est autrement, à cause de la maxime *Donner et retenir ne vaut*, lorsqu'il s'agit de donations.

En effet, le premier alinéa de l'article 782 pose la règle suivante:

" La donation entre vifs peut être stipulée suspendue, révo-
" cable, ou réductible, sous des conditions qui ne dépendent
" pas uniquement de la volonté du donateur " (*b*).

Et le législateur affirme de nouveau cette règle dans l'article 783.

783. " Toute donation entre vifs stipulée révocable suivant
" la seule volonté du donateur est nulle.

" Cette disposition ne s'applique pas aux donations faites
" par contrat de mariage " (*c*)

A première vue, on serait tenté de voir une condition purement potestative dans celle qui *dépend uniquement* de la volonté (art. 782) ou de *la seule volonté* (art. 783) du donateur. Cependant, comme la condition prohibée dans la donation ordinaire est permise dans un contrat de mariage, il est clair qu'il ne peut être question de la condition purement potestative. Car cette condition réduit la convention à un pur néant. Du reste, l'article 824 dit que la donation, soit de biens présents, soit à cause de mort, faite en un contrat de mariage, peut être stipulée suspendue, révocable ou réductible, quoique l'effet de la disposition *dépende de la volonté du donateur*. Il n'est pas question ici de la *seule volonté* du donateur. C'est ainsi qu'on interprète généralement l'article 944 en France (*d*), et je crois que cette interprétation s'impose (*e*).

(*a*) Voy. Pothier, *Obligations* nos 47, 48.

(*b*) J'ai expliqué le deuxième alinéa de cet article *supra*, p. 93.

(*c*) L'article 944 du code Napoléon pose le principe que " toute dona-
" tion entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la
" seule volonté du donateur, sera nulle." Et l'article 947 dit que l'article 946 ne s'applique pas aux donations par contrat de mariage et aux dispositions entre époux.

(*d*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, no 487, *Donations et testaments*, t. 1er, nos 1557 et 1559.

(*e*) Du reste, Pothier, *Introd. au titre* 15 *de la coutume d'Orléans*, no 18, enseigne " qu'une donation est nulle, si elle est faite sous une
" condition dont l'accomplissement soit au pouvoir du donateur.

Donc, que la condition soit purement ou simplement potestative, elle rend la donation nulle, car il est au pouvoir du donateur de la révoquer et donner et retenir ne vaut.

Mais en est-il de même de la condition *mixte*, c'est-à-dire celle qui dépend de la volonté du donateur et d'un tiers, comme si je vous donne telle chose *si j'épouse telle personne ?* On répond généralement négativement à cette question en France. Le législateur ne parlant que de la *seule* volonté du donateur, dit-on, exclut par là les conditions qui dépendent d'une *double* volonté, celle du donateur et celle d'un tiers. La jurisprudence française est en ce sens (*a*) et cette solution me paraît admissible (*b*).

Quant à la condition *casuelle*, tout le monde est d'avis qu'elle est permise dans une donation entre vifs. En effet, l'avènement d'une telle condition ne dépend ni directement ni indirectement de la volonté du donateur.

Ajoutons enfin, suivant la judicieuse observation de M. Baudry-Lacantinerie (*Donations*, n° 1463), que l'interprétation de ces conditions dépend dans une très large mesure des circonstances de l'espèce. L'intention des parties est surtout ce qu'on doit rechercher.

§ VII. — *Du droit de retour conventionnel ou de l'effet de la condition résolutoire dans les donations entre vifs.*

Nous savons maintenant faire l'application de la théorie des conditions aux donations entre vifs. Ces conditions, *effectu inspecto*, sont, nous l'avons vu, de deux sortes : la condition suspensive et la condition résolutoire. La première suspend l'existence de la donation, la seconde y met fin. Il est question de deux conditions résolutoires dans ce chapitre : 1° celle du droit de retour conventionnel ; 2° celle de l'inexécution des charges imposées au donataire. Nous verrons que la donation peut être révoquée par suite de l'ingratitude du donataire, mais il n'y a pas là condition résolutoire. La révocation se fait alors par l'effet de la loi et sans stipulation. Les deux conditions résolutoires que j'ai mentionnées doivent, au contraire, être stipulées. Il sera question, dans la section V de ce chapitre, de la seconde de ces conditions résolutoires ; j'expliquerai ici la première, le droit de retour conventionnel.

(*a*) Voy. Sirey et Gilbert, sur l'art. 944 C. N., n° 2.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 487, *Donations*, t. 1er, n° 1461, est d'un avis contraire. Il y voit contravention à la règle *Donner et retenir ne vaut.*

I. De la nature du droit de retour conventionnel.—L'un des effets les plus ordinaires de la donation, puisque ce contrat est translatif de propriété, c'est que le donataire, même au cas où il décède avant le donateur, transmet la chose donnée à ses héritiers ou légataires. De droit commun on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et représentants légaux, à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte de la nature du contrat (art. 1030). Donc le donataire étant propriétaire, son droit passera après sa mort à ses héritiers qui sont la continuation de sa personne juridique. La simple circonstance de la survie du donateur ne peut rien contre cette transmission qui est décrétée par la loi.

Mais il se peut que cette transmission soit contraire aux vues du donateur. La donation est le plus souvent dictée par un sentiment d'affection tout personnel. Le donateur a préféré le donataire à soi-même, mais il peut arriver qu'il n'étende pas cette affection aux héritiers et surtout aux légataires du donataire. Il se préfère personnellement à ces derniers. La loi lui a donc permis, par une disposition spéciale, de s'assurer contre l'éventualité de la transmission des droits qu'il veut bien conférer au donataire, et de stipuler que les biens donnés lui feront retour au cas où il survivrait soit au donataire, soit à ses héritiers. Cette stipulation n'a rien de contraire au principe *Donner et retenir ne vaut.* La donation est faite sous une condition résolutoire, et comme l'accomplissement de cette condition, c'est-à-dire la survie du donateur, ne dépend nullement de la volonté de ce dernier, la validité de la condition ne peut souffrir le moindre doute.

L'article 779 pose donc la règle suivante :

779. " Le donateur peut stipuler le droit de retour des " choses données, soit pour le cas de prédécès du donataire " seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants.

" La condition résolutoire peut dans tous les cas être stipu- " lée soit au profit du donataire lui-même, soit au profit des " tiers.

" L'exercice du droit de retour ou autre droit résolutoire " a lieu en matière de donation de la même manière et avec " les mêmes effets que l'exercice du droit de réméré dans le " cas de vente " (*a*).

(*a*) Le premier alinéa de notre article est la copie de l'alinéa correspondant de l'article 951 du code Napoléon. Le second alinéa diffère essentiellement du deuxième alinéa de l'article 951. Ce dernier article, par

Donc, la stipulation du droit de retour constitue une condition résolutoire qui anéantit rétroactivement, lorsqu'elle s'accomplit, le droit du donataire. Ce dernier devient propriétaire sous la condition résolutoire de la survie du donateur et de ceux au profit de qui la stipulation a été faite. On donne à ce droit de retour la qualification de *conventionnel* par opposition au droit de retour *légal* ou *successoral* que nous avons étudié sous l'article 630, mais nous verrons que le droit de retour conventionnel est bien plus étendu dans ses effets que le droit de retour légal.

Cependant, puisqu'il y a là une dérogation au droit commun, il s'ensuit que le droit de retour conventionnel ne peut résulter que d'une stipulation formelle. Mais il n'y a point pour cela de formule sacramentelle ; le droit de retour existera, quels que soient les termes de la stipulation, si la volonté des parties à cet égard ne peut souffrir aucun doute (*a*).

II. Des événements auxquels peut être subordonné le droit de retour conventionnel.—On indique trois événements qui amènent la résolution de la donation :

1° *Le cas du prédécès du donataire* SEUL.—Dans cette hypothèse le donateur préfère le donataire à lui-même, mais il se préfère aux héritiers ou ayants droit de ce dernier. Donc le prédécès du donataire opérera la résolution de la donation, alors même qu'il laisserait des descendants.

Tel du reste serait l'effet de la stipulation du droit de retour dans le cas du prédécès du donataire, sans ajouter le mot *seul* qu'emploie notre article. Même la simple stipulation du droit de retour sans autre explication, ferait résoudre la donation au prédécès du donataire, qu'il ait laissé ou non des descendants (*b*).

---

crainte des substitutions déguisées, pose le principe que le droit de retour ne peut être stipulé qu'au profit du donateur seul, tandis que notre article permet de le stipuler au profit des tiers. Il y a moins de différence entre le troisième alinéa de notre article et l'article 952 du code Napoléon ; notre article fait dans ce cas l'application des règles qui régissent l'exercice du droit de réméré dans le cas de vente ; l'article 952 du code français définit les effets de l'exercice du droit de retour, mais son principal effet, la rétroactivité de la résolution du droit du donataire, quant aux droits et charges qu'il a consentis sur la chose donnée, a lieu ici comme en France.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*. n° 494.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 495, *Donations*, t. 1er, n° 1497 ; Demolombe, t. 20, n° 500. Il y a contestation, toutefois, quant au dernier point.

La mort civile du donataire donnerait-elle ouverture au droit de retour conventionnel ? On répondait affirmativement à cette question en France, avant l'abrogation de la mort civile (*a*).

D'après notre article 36, § 8, la mort civile ne donne pas ouverture aux gains de survie *stipulés dans un contrat de mariage*, sans une convention formelle à cet effet, mais puisque le conjoint et les héritiers du mort civilement exercent les droits et actions auxquels la mort naturelle donnerait lieu, il doit en être ainsi du donateur.

2° *Le cas du prédécès du donataire* ET DE SES DESCENDANTS.—Dans ce cas le donateur préfère le donataire et ses descendants à lui-même, mais il se préfère à tous autres héritiers, ascendants, collatéraux ou légataires. La condition ne sera remplie qu'autant que le donateur ou la personne au profit de qui la stipulation a été faite survit à tous les descendants du donataire. Il est clair que la stipulation peut être limitée à certains descendants, à l'exclusion de tous les autres.

Mais que faut-il entendre par *descendants?* Evidemment ce sont les enfants et descendants légitimes ou légitimés du donataire, quand même la légitimation serait subséquente à la donation (*b*). Quant aux enfants naturels, on dit en France qu'il faut surtout scruter les termes de la stipulation. Sans doute tel est le premier devoir du magistrat, mais le simple emploi du mot *descendant* me paraît se limiter à ceux qui descendent du mariage du donataire ; les enfants naturels seraient donc exclus, car ils n'ont, à titre de *descendants*, aucun droit à la succession du donataire.

Quel serait l'effet de la stipulation qui mentionnerait les *enfants* du donataire et non ses autres *descendants?* Demolombe (t. 20, n° 505) répond que cette stipulation s'étendrait quand même aux descendants, à moins de circonstances particulières qui la limiteraient au premier degré, solution qui ne saurait être douteuse dans notre droit. Voy. l'art. 980.

Autre question.—Est-il nécessaire pour empêcher l'effet du droit de retour que les descendants du donataire acceptent sa succession ? Il y a controverse sur ce point. Le donateur, dit-on, en stipulant le droit de retour pour le cas du prédécès

(*a*) Voy. Sirey et Gilbert, sur l'art. 951, n° 20.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, *loc. cit.* ; *Donations et testaments*, n° 1500.

du donataire et de ses descendants, entendait restreindre à ces derniers le bénéfice de la donation. Si les descendants du donataire répudient sa succession, les biens donnés iront à des collatéraux, seront peut-être vendus à des étrangers par le curateur à la succession vacante. Donc, dans le cas de la répudiation, conclut-on, le droit de retour sera ouvert (*a*).

Demolombe (t. 20, nº 502) repousse cette solution. Le droit de retour, dit-il, ne constitue pas une substitution. Le donataire n'est donc pas chargé de rendre à ses descendants la chose donnée ; il peut, au contraire, en disposer, l'hypothéquer, la vendre, la donner même entre vifs. Il se peut même que l'enfant du donataire renonce à sa succession pour conserver l'objet de la donation que son père lui avait donné entre vifs. Il est vrai que le donateur n'a pas compté que son bien irait à des collatéraux ou à des étrangers, mais il n'y avait là qu'une espérance, ce n'était pas le motif de la donation. Je crois du reste que la condition doit être interprétée restrictivement. Le donateur a stipulé le droit de retour pour le cas où il survivrait au donataire et à ses descendants. Ce n'est que lorsque cette condition s'est accomplie que le droit de retour s'ouvre. La répudiation de la succession du donataire par l'héritier de ce dernier qui survit au donateur, n'empêche pas que la condition résolutoire, la survie du donateur au donataire et à ses héritiers, ne s'est pas accomplie. J'adopte donc le sentiment de Demolombe (*b*).

3º *Le cas de prédécès du donataire* SANS DESCENDANTS. — Cette hypothèse, dont il n'est pas question à l'article 779, diffère de la précédente en ce que, dans le dernier cas, le seul fait que le donataire aura laissé un enfant, quand même cet enfant ne survivrait pas au donateur, rendrait le retour définitivement impossible.

On comprend, au surplus, puisque toute donation entre vifs peut être stipulée résoluble sous une condition qui ne dépend pas uniquement de la volonté du donateur, que le droit de retour peut être subordonné à d'autres circonstances que celles que j'ai précisées. Ainsi, un donateur peut stipuler le droit de retour s'il échappe à un danger dont il se trouve menacé au moment de la donation, s'il vit dans deux ans, si tel événe-

---

(*a*) En ce sens, Demante, t. 4, nº 93, *bis* II ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 3, p. 209.

(*b*) Voy., dans le même sens, les autorités citées par Sirey et Gilbert sur l'art. 951 C. N., nº 19.

ment, par exemple, la naissance d'un enfant survient. Du moment que la condition est casuelle ou mixte, la légalité ne saurait être mise en question (*a*).

III. Des personnes au profit de qui le retour peut être stipulé.— En France, ce droit ne peut être stipulé qu'en faveur du donateur seul (art. 951 C. N., al. 2). Au contraire, d'après la disposition formelle du deuxième alinéa de notre article 779, il peut l'être, soit au profit du donateur, soit au profit des tiers. Peut-on le stipuler en faveur du donateur et ses héritiers ou de ces derniers seulement ? Il n'y a aucune raison d'en douter ; si le donateur et les tiers peuvent en profiter, pourquoi en serait-il autrement des héritiers du donateur qui sont la continuation juridique de sa personne (*b*) ? Ce principe, du reste, a été affirmé par le conseil privé, dans la cause de *Herse* & *Dufaux* (17, L. C. J., p. 147 ; 4 P. C. App., p. 468).

Une question importante à résoudre, c'est de savoir si, quand le droit de retour est stipulé au profit des héritiers du donateur ou d'un tiers, il y a substitution des biens donnés. Sans doute, il faut d'abord scruter les termes de la disposition, car le seul fait qu'on aurait employé le terme *retour*, n'empêcherait pas que la disposition ne fût effectivement une substitution. Je suppose que l'acte contient la nue stipulation que si le donataire meurt sans enfants, les biens iront aux héritiers du donateur ou à un tiers. Cette stipulation renferme-t-elle une substitution ?

Dans un cas comme dans l'autre, Demolombe (t. 18, nos 110 et suiv.) répond qu'il y a substitution (*c*).

Quand la stipulation est au profit d'un tiers, il ne peut être question de *retour*. La chose ne revient pas à celui qui l'a donnée ; au contraire, elle est attribuée à un tiers qui n'a jamais eu la propriété de cette chose. Il y a ici tous les traits de la substitution : deux libéralités dans un ordre successif, charge de rendre, trait de temps. Si la donation était anéantie en vertu d'une condition résolutoire, les biens feraient retour au donateur qui les avait donnés ; ici, au contraire, ils passent

(*a*) Voy. Marcadé, t. 3, no 695 ; Demolombe, t. 20, nos 557, 558.

(*b*) C'est ainsi qu'on en déciderait en France, sans la prohibition de l'article 951, al. 2. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, nos 1504-1507.

(*c*) En ce sens, voy. MM. Aubry & Rau, t. 7, § 694, p. 315 et note 41 ; Huc, t. 6, 231.

des mains du donataire, non pas en celles du donateur, mais en celles d'un tiers qu'on doit regarder comme un second donataire. Suivant l'observation de Troplong (*Donations*, t. 2, nº 1267), le droit de retour fait remonter la chose vers sa source, la substitution au contraire l'en éloigne. On admet assez généralement cette solution quant au tiers (*a*).

Quand la stipulation est faite au profit des héritiers du donateur, sans l'être au profit de ce dernier, le même raisonnement ferait conclure qu'il y a également substitution. Les héritiers du donateur ne peuvent recueillir la chose comme donateurs eux-mêmes, car ils n'ont rien donné ; ni comme héritiers du donateur, car ce dernier n'avait plus la chose dont il s'était dessaisi irrévocablement, et il n'avait pas non plus le droit de retour, puisqu'il ne l'avait pas stipulé pour lui-même. Cette solution, cependant, est contestée (*b*).

Mais supposons que le donataire a stipulé le droit de retour pour lui-même et ses héritiers ou pour lui-même et un tiers. Demolombe (t. 18, nº 112) est d'avis que dans le dernier cas il y aura substitution, mais non pas dans le premier. Le tiers ne peut prendre la chose que comme gratifié en second ordre. Mais quand le droit de retour est stipulé en faveur du donateur et de ses héritiers, ces derniers sont appelés à recueillir un droit que le donateur a laissé dans sa succession. Cette solution également est contestée.

IV. Des effets du retour conventionnel.—La stipulation du droit de retour conventionnel constituant une condition résolutoire, il est clair que l'accomplissement de cette condition met fin à la donation, qui, dès ce moment, est censée n'avoir jamais existé. Le législateur n'a pas ici précisé les effets de cette résolution, il renvoie pour cela aux dispositions qui régissent l'exercice

---

(*a*) Voy. les autorités citées par Demolombe, *loc. cit.* M. Baudry-Lacantinerie, *Donations*, nºs 1508-9, est d'un avis contraire. Il n'y a ici, dit-il, qu'une condition résolutoire, qui anéantit la donation. Donc on ne peut dire qu'il y a deux libéralités successives, puisque la première est censée n'avoir jamais existé.

(*b*) Voy. Troplong, *Donations*, t. 2, nº 1269 ; Laurent, t. 14, nº 472 ; Demante, t. 4, nº 10 *bis* IX ; Baudry-Lacantinerie, *Donations*, nº 1507.

Remarquons que, dans la cause de *Herse & Dufaux*, citée *infra*, p. 127, le conseil privé a vu un droit de retour dans une stipulation de la donation que si le donataire décédait sans enfants, l'immeuble donné appartiendrait aux autres enfants du donateur suivant qu'il aurait disposé et ordonné par son testament. Mais, dans l'espèce, il y avait véritablement un retour à la succession du donateur.

du droit de réméré. " L'exercice du droit de retour ou autre " droit résolutoire," dit l'article 779, " a lieu en matière de " donation de la même manière et avec les mêmes effets que " l'exercice du droit de réméré dans le cas de vente " (*a*). Le code Napoléon, au contraire, a précisé immédiatement les effets du droit de retour. " L'effet du droit de retour," dit l'article 952 du code français, " sera de résoudre toutes les " aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens " au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypo- " thèques, sauf néanmoins l'hypothèque de la dot et des " conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux " donataire ne suffisent pas, et dans le cas seulement où la " donation lui aura été faite par le même contrat de mariage " duquel résultent ces droits et hypothèques." Ces exceptions n'ont pas été admises par notre code. On voit aux articles 823 et 824 que la donation par contrat de mariage peut être faite sous condition résolutoire ; il n'y est pas question de l'hypothèque que la femme a pu prendre sur les biens donnés sous cette condition.

On peut considérer l'effet de la stipulation du droit de retour avant et après l'accomplissement de la condition résolutoire.

Avant.—Le donateur n'a encore aucun droit actuel sur la chose donnée ; son droit n'est que conditionnel. Le donataire peut donc l'aliéner à titre onéreux ou gratuit, l'échanger ou l'hypothéquer. Partant, ses créanciers peuvent la faire saisir et vendre, sauf, bien entendu, le droit éventuel du donateur. Cependant, on décide que le donataire n'a pas le droit de la détériorer, de la dégrader ou détruire. Le donateur ayant un droit conditionnel sera reçu, le cas échéant, à employer des mesures conservatoires (*b*).

Après.—Le droit conditionnel du donateur est devenu un droit actuel, le droit actuel du donataire est anéanti rétroactivement, et du même coup disparaissent tous les droits qu'il a consentis sur la chose. Développons ce principe, en étudiant ses principales applications.

1° *La résolution de la donation s'opère de plein droit.*—

(*a*) Remarquons, cependant, qu'il y a des différences marquées entre le droit de retour et le droit de réméré. Ce dernier droit ne peut être exercé que dans un délai déterminé, qui ne saurait dépasser dix ans et que les tribunaux ne peuvent étendre (art. 1548 et 1549). Aucun délai semblable n'existe en matière de retour conventionnel.

(*b*) Demolombe, t. 20, nos 520, 521. Comp. nos articles 1087, 1088.

Demandons-nous d'abord si la résolution du droit du donataire s'opère de plein droit.

On répond affirmativement à cette question en France (*a*).

La solution, à mon avis, doit être la même dans notre droit. De droit commun, la condition résolutoire, lorsqu'elle est accomplie, opère de plein droit la résolution du contrat (art. 1088). Il est vrai que l'article 779 dit que l'exercice du droit de retour a lieu de la même manière et *avec les mêmes effets* que l'exercice du droit de réméré, et que ce dernier droit s'exerce par action, au point que le défaut d'instituer cette action dans le délai stipulé fera perdre le droit lui-même (art. 1550). Mais la loi parle ici du droit de retour et de tout autre droit résolutoire, et qu'est-ce au fond que le droit de retour si ce n'est une condition résolutoire ? Or, en matière de conditions résolutoires, il est de principe que l'avènement de la condition mette fin de plein droit au contrat qui y est soumis. " La condition résolutoire, lorsqu'elle est accomplie," dit l'article 1088, " opère de plein droit la résolution du contrat." Ce texte étant décisif, il faut limiter le renvoi du troisième alinéa de l'article 779 aux effets généraux du droit de réméré, tels que la rescision des droits et charges consentis par le donataire, l'obligation du donateur de rembourser le donataire de ses impenses, etc. On comprend que l'action soit nécessaire dans le cas du réméré, puisque le vendeur doit faire restitution du prix, des frais de la vente et des réparations nécessaires (art. 1546), et faire prononcer la validité de ses offres, mais rien de tel n'existe dans le cas du retour conventionnel (*b*). Bien entendu que si le donataire refuse de restituer la chose donnée, l'action en revendication deviendra nécessaire, car nul ne peut se faire justice à lui-même.

2° *Effet rétroactif du droit de retour—Aliénations et charges.*—Dans notre droit comme dans le droit français moderne, mais sans aucune exception, la résolution du droit du donataire s'opère rétroactivement et anéantit tout droit con-

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 497 ; *Pandectes françaises*, v° *Donations et testaments*, n° 5420.

(*b*) Il est à remarquer que l'article 779 est indiqué comme droit ancien et que la déchéance après dix ans du droit de réméré est de droit nouveau. Voy. *Rapports des codificateurs*, t. 2. pp. 19 et 158. Voy. aussi le deuxième alinéa de l'article 816 qui distingue entre la résolution de la donation pour cause d'inexécution des charges, et celle qui résulte de la condition résolutoire, laquelle, dit l'article, a effet dans les donations comme dans les autres contrats.

senti par ce dernier. Le donateur, comme le vendeur à réméré, reprend donc la chose exempte de toutes les charges dont le donataire a pu la grever (art. 1547) : *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.* Quelles que soient ces charges, servitude, usufruit, hypothèque : elles disparaissent. L'aliénation, même lorsque la condition résolutoire n'a pas été déclarée, ne résiste pas non plus à cette résolution ; le donateur peut revendiquer la chose même contre un tiers acquéreur (art. 1552).

Toutefois, la chose fait retour au donateur dans l'état où elle se trouve ; les dégradations qui y sont survenues sans la faute du donataire ne peuvent être mises au compte de ce dernier (arg. art. 1087, 1088). Si une somme d'argent a été donnée, le donataire restitue pareille somme, sans que le donateur puisse exiger ni qu'on puisse le forcer d'accepter les biens qui ont été achetés avec l'argent donné. Peut-être, ajoute cependant M. Baudry-Lacantinerie (*Précis,* nº 498), y aurait-il lieu d'excepter le cas où la donation imposait au donataire un emploi déterminé que celui-ci a effectué.

3º *Effet quant au bail consenti par le donataire.*—Mais quel sera le sort du bail que le donataire a pu faire de la chose donnée ? Demolombe (t. 20, nº 522) dit qu'il faut le maintenir, s'il n'y a pas eu fraude, car on peut dire que le donateur a donné au donataire un mandat pour les actes d'administration. Dans notre droit, c'est la solution contraire qui doit être accueillie. Le droit de retour s'exerce avec les mêmes effets que le droit de réméré (art. 779), or l'exercice du droit de réméré met fin au bail consenti par l'acheteur. En effet, l'article 1665 porte que " lorsqu'un héritage vendu avec faculté de " réméré, est repris par le vendeur dans l'exercice de cette " faculté, le bail qu'en a fait l'acheteur est par là dissous, et " le locataire n'a de recours en dommages-intérêts que contre " lui " (*a*).

Nous ne pouvons invoquer un mandat tacite entre le donateur et le donataire, car dans des espèces beaucoup plus favorables (celle par exemple de l'usufruit), la loi exclut l'idée de ce mandat. D'ailleurs, nous avons un texte formel qui dit que le bail est *dissous.* Le législateur aurait pu ajouter ici le tempérament de l'article 457 ; il ne l'a pas fait et l'interprète ne peut suppléer à son silence. Je crois donc que, dès l'avène-

---

(*a*) L'article 1673 du code Napoléon qui correspond à notre article 1665, oblige au contraire le vendeur d'exécuter le bail fait par l'acquéreur.

ment de la condition résolutoire, le locataire cesse d'avoir le droit d'occuper la chose louée et qu'aucun lien de droit n'existe entre lui et le donateur pouvant autoriser ce dernier à le forcer de terminer l'année de location. L'intérêt de l'un et de l'autre leur suggérera le plus souvent un arrangement temporaire, mais rien ne les y oblige et si le locataire en souffre, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même d'avoir accepté un bail d'un propriétaire dont le droit de propriété pouvait se trouver anéanti du jour au lendemain *(a)*.

Le bail est donc dissous par l'avènement de la circonstance qui donne ouverture au droit de retour. Mais supposons que la condition résolutoire s'accomplisse pendant une année de location : le locataire peut-il être expulsé dès le lendemain, et le donateur doit-il lui permettre de laisser les lieux loués, sans égard à l'achèvement de l'année commencée ?

Nous avons vu, à l'article 457, que le bail consenti par un usufruitier expire avec son usufruit, mais que le locataire a droit et peut être contraint de continuer sa jouissance, pendant le reste de l'année commencée à l'expiration de l'usufruit, à la charge d'en payer le loyer au propriétaire. Pouvons-nous étendre ce tempérament au cas de l'exercice du droit de retour, malgré le texte de l'article 1665 ?

Je l'ai fait dans le cas de l'emphytéose (*b*).

Dans cette espèce, la chose s'explique. Le droit de l'emphytéote, de l'usufruitier, *cesse* à l'expiration du terme stipulé ; celui du donataire, au contraire, est *anéanti rétroactivement*, par l'avènement de la condition. Il est censé n'avoir jamais existé. Le bail que le donataire a consenti n'a donc jamais eu aucune existence légale, et le locataire pourra être expulsé.

4° *Fruits et revenus perçus par le donataire.*—Nous avons dit que le donataire est obligé de remettre au donateur la chose donnée, dès que le droit de retour se trouve ouvert. La rigueur des principes l'obligerait même à rendre compte au donateur des fruits et revenus qu'il a perçus de la chose, car la condition résolutoire, quand elle est accomplie, oblige chacune des parties à rendre ce qu'elle a reçu et remet les choses au même

(*a*) Les dispositions de notre droit sur les substitutions nous fournissent un argument d'analogie. Le grevé est propriétaire sous la condition résolutoire de l'ouverture de la substitution. Il peut aliéner et hypothéquer les biens substitués ou les donner à bail, mais l'appelé les " reprend " libres de toute hypothèque, charge et servitude, *et même de la continuation du bail* " (art. 949).

(*b*) Voy. mon tome 3, p. 203.

état que si la donation n'avait pas existé (art. 1088). Cependant on est d'accord en France pour reconnaître que le donataire n'est pas tenu de restituer au donateur ces fruits et revenus. Rien, dit-on, ne serait plus contraire à la raison, à l'équité, ni par suite à l'intention évidente du donateur et du donataire (*a*). Je crois qu'il est raisonnable d'accueillir cette décision. Forcer ce donataire à restituer les fruits et revenus, serait le traiter plus rigoureusement que le donataire dont le titre est révoqué pour cause d'ingratitude et qui pourtant les conserve (art. 815).

5° *Impenses faites par le donataire.—Autres effets du droit de retour.*—Nous avons maintenant à examiner certains effets du droit de retour conventionnel qui résultent de son assimilation au droit de réméré. Parlons d'abord des impenses que le donataire a pu faire à l'immeuble.

Aux termes de l'article 1546, le vendeur qui exerce le réméré est obligé de rembourser à l'acheteur les réparations nécessaires ainsi que les améliorations qui ont augmenté la valeur de la chose, jusqu'à concurrence de cette augmentation, et le vendeur ne peut entrer en possession de la chose qu'après avoir satisfait à ces obligations (*b*).

Ce principe est donc applicable dans le cas du retour conventionnel. Il est fondé, du reste, sur les règles de l'équité la plus élémentaire. Tout ce que le donateur peut exiger, c'est qu'on lui remette la chose dans l'état où elle se trouve. Si le donataire n'y avait pas fait des réparations devenues nécessaires, le donateur l'aurait trouvée détériorée et diminuée de valeur. D'ailleurs, on rembourse même le détenteur de mauvaise foi de ses réparations nécessaires (art. 417). De même, lorsque le donataire a fait des constructions qui ont augmenté la valeur de la chose, le donateur ne peut les conserver qu'à la charge d'en payer le coût, car autrement il s'enrichirait aux dépens du donataire. Le droit de rétention n'est que le moyen d'assurer au donataire le remboursement de ses impenses.

Je puis signaler une autre conséquence qui découle du principe que l'exercice du droit de retour a lieu avec les mêmes effets que l'exercice du droit de réméré. Ainsi, lorsqu'une partie indivise d'un héritage a été vendue avec faculté de réméré, et que l'acheteur se rend ensuite acquéreur de la totalité, *sur une licitation provoquée contre lui*, il peut obliger

(*a*) Demolombe, t. 20, n° 524 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 501.

(*b*) L'article 1673 du code Napoléon est au même effet.

le vendeur qui veut exercer le réméré, de retirer l'héritage tout entier (art. 1555) (*a*). La raison de cette disposition, c'est que le vendeur, s'il n'eût pas vendu, aurait été contraint ou bien d'acquérir tout l'immeuble ou d'abandonner sa part. Il est donc juste qu'il reprenne tout ou rien. La même raison s'applique avec la même force dans le cas de l'exercice du droit de retour.

Il y a, quant au réméré, d'autres dispositions qui veulent que lorsque l'immeuble a été vendu conjointement et par un seul contrat par plusieurs, ou bien lorsque le vendeur laisse plusieurs héritiers, chacun ne puisse exercer le réméré que pour sa part. Et dans chacun de ces cas, l'acheteur peut exiger que le covendeur ou le cohéritier reprenne la totalité de l'immeuble vendu, et à défaut par lui de ce faire, il peut faire renvoyer la demande (art. 1556-1558).

Je ne crois pas, à cause de la différence qui existe entre le droit de retour et le droit de réméré (voy. ma note *supra*, p. 120 et p. 121), que ces dispositions puissent s'appliquer ici. Car le retour, à la différence du réméré, s'opère de plein droit. Donc, chaque codonateur ou cohéritier se trouve investi de la propriété de sa part. Permettre au donataire d'exiger que le codonateur ou cohéritier reprenne tout l'héritage, serait lui donner le droit de disposer des parts qui sont déjà la propriété des autres vendeurs ou héritiers.

V. Des causes d'extinction du droit de retour.—Je n'indiquerai ici que deux causes d'extinction du droit de retour : la renonciation et la prescription.

1° *La renonciation.*—Le donateur peut renoncer en tout temps à son droit de retour, soit après son ouverture, soit avant, car il ne s'agit pas d'une succession et la prohibition de la renonciation anticipée ne s'applique qu'en matière de succession. La renonciation peut être expresse ou tacite ; elle serait tacite, par exemple, si le donateur concourait avec le donataire pour vendre la chose sujette au droit de retour, mais dans ce cas il faut que le concours soit de telle nature qu'il implique nécessairement la volonté du donateur de renoncer à son droit de retour (*b*).

2° *La prescription.*—Il n'y a qu'à appliquer ici les principes du droit commun. Aucune prescription spéciale n'étant

(*a*) L'article 1667 du code Napoléon est au même effet.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 502.

fixée par la loi, il faut décider que le droit de retour ne sera prescrit, à l'égard du donataire et de ses héritiers, que par trente ans à compter de son ouverture (art. 2242). Il ne peut être question de la prescription de dix ans qui éteint l'action en nullité ou rescision (art. 2258), car la donation est résolue de plein droit par l'avènement de la condition résolutoire. Bien entendu, le donataire et ses héritiers ne peuvent prescrire avant l'ouverture du droit (art. 2203, 2204).

Quant aux tiers acquéreurs avec titre ou bonne foi, ils prescriront contre le donateur par dix ans, même avant l'ouverture de son droit. Le donateur ne se trouve pas dans le cas d'invoquer la règle *contra non valentem agere nulla currit prescriptio*, car il a le droit de prendre des mesures conservatoires et par conséquent il peut exercer l'action en interruption de prescription. Il peut exiger également un titre nouvel (art. 2257). La même règle s'applique à l'appelé avant l'ouverture de la substitution (art. 2207) (*a*).

Quand des meubles ont été donnés, le tiers acquéreur en prescrira la propriété par trois ans à compter de la dépossession (art. 2268).

VI. Parallèle entre le retour légal et le retour conventionnel. — J'indiquerai succinctement quelques différences entre ces deux droits.

1° Le retour légal est créé par la loi au bénéfice de certaines personnes (art. 630). Le retour conventionnel naît de la convention des parties et peut être stipulé au bénéfice du donataire, de ses héritiers ou même des tiers.

2° L'ascendant donateur qui exerce le retour légal respecte les aliénations faites et les droits créés par le donataire. Au contraire, dans le cas du retour conventionnel, le donateur reprend les biens donnés libres de toute aliénation ou charge consentie par le donataire.

3° Le donateur qui exerce le droit de retour légal ne peut réclamer d'indemnité pour les détériorations qui sont imputables au donataire. Cette indemnité est au contraire due lorsque le retour est conventionnel.

4° Le retour légal est un titre successif, c'est un retour successoral ; pour cette raison le donateur contribue *pro modo emolumenti* aux dettes de la succession du donataire. Le retour conventionnel n'impose aucune telle obligation au dona-

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 503.

teur qui l'exerce ; il reprend la chose donnée à titre de propriétaire et sans que cette chose puisse être affectée au paiement des dettes du donataire.

Pour ces raisons, on voit qu'il est plus avantageux pour l'ascendant donateur de stipuler un retour conventionnel que de se contenter du retour légal.

VII. Jurisprudence.—Il n'y a que deux arrêts dans notre jurisprudence sur ce sujet ; ce sont des arrêts d'espèce et ni l'un ni l'autre ne jettent de lumière sur la disposition de l'article 779.

Le premier arrêt est celui qui a été rendu par le conseil privé dans la cause de *Herse & Dufaux* (4 P. C. App., p. 468 ; 17 L. C. J., p. 147). Il s'agissait d'une donation par laquelle le nommé Pierre Roy avait donné un immeuble à son fils Joseph Roy, avec substitution en faveur des enfants de ce dernier, et à défaut des enfants, il était dit que la propriété appartiendrait aux autres enfants du donateur, conformément à ce qu'il aurait disposé et ordonné par son testament. Par un codicille, le donateur avait subséquemment légué tous ses biens à son fils, avec pouvoir, au cas où il ne laisserait pas d'enfants, d'en disposer par testament en faveur des petits-enfants du donateur, à sa discrétion, et sans être obligé de les partager également. Le conseil privé a vu dans cette disposition un droit de retour dont l'effet était de faire revenir à la succession du donateur les biens donnés, et de lui permettre ainsi d'en disposer par son testament et d'autoriser par ce testament la disposition qui en avait été faite par le testament de son fils.

Le second arrêt, *Thivierge* v. *Thivierge* (M. L. R., 2 S. C., p. 198), a été rendu dans une espèce où il s'agissait d'une condition résolutoire ordinaire. Le juge Taschereau y a jugé que le donateur qui redevient propriétaire de l'immeuble donné, par l'avènement de la condition résolutoire, a droit d'obtenir du donataire un titre régulier et authentique, et que dans ce cas le donataire est obligé de rendre compte au donateur de sa jouissance depuis l'avènement de la condition.

§ VIII.—*Des dettes qui peuvent être mises à la charge du donataire.*

Nous verrons dans la section suivante que certaines donations impliquent pour le donataire, de droit et sans convention expresse, l'obligation de payer la totalité ou une proportion des dettes du donateur. Il ne s'agit ici que des dettes qui peu-

vent être mises à sa charge par une stipulation de l'acte de donation.

L'article 784 pose à cet effet la règle suivante :

784. " La donation entre vifs de biens présents est nulle si " elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou " charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, " ou que celles à venir dont la nature est exprimée et le mon- " tant défini dans l'acte ou dans l'état qui y est annexé.

" Cet article ne s'applique pas aux donations par contrat de " de mariage " (*a*).

Le législateur se préoccupe encore ici de la règle *Donner et retenir ne vaut*. En effet, l'obligation imposée au donataire de payer des dettes à venir non spécifiées, donnerait au donateur un moyen indirect de révoquer sa donation en contractant des dettes qui absorberaient ou excéderaient même la valeur des biens donnés. Il en résulte trois conséquences.

1° Le donateur peut imposer au donataire l'obligation de payer toutes ses dettes présentes. Il n'est pas nécessaire que la nature de ces dettes soit exprimée ni que leur montant soit précisé. Cette exigence ne se rapporte qu'aux dettes à venir. Tant pis pour le donataire si elles absorbent la valeur de la chose donnée ; il en résultera que la donation est réellement une vente puisque les charges imposées au donataire réduisent la libéralité à rien, mais le prétendu donataire n'en sera pas moins obligé d'acquitter ces dettes. Cependant, il peut refuser de payer les dettes qui ne porteraient pas une date certaine avant la donation, sauf au créancier à justifier de cette date par une preuve légale (art. 1225. Voy. aussi l'art. 1281) (*b*).

2° Le donateur peut mettre à la charge du donataire une dette à venir, à la condition que la nature et le montant en soient spécifiés dans la donation ou dans un état qui y est annexé. Ainsi, le donateur donne des biens de la valeur de $50,000, à la charge de payer une dette au montant de $20,000 que le donateur se propose de contracter pour l'établissemant d'un de ses enfants. Cette clause est valable, mais il en résulte que l'on devra, quoi qu'il arrive, déduire du montant de la donation, la somme de $20,000, car le donateur s'est rése[rvé la] faculté de révoquer la donation jusqu'à concurrence de [...]

(*a*) Le premier alinéa de cet article est au même effet, bien que plus précis, que l'article 945 du code Napoléon. L'exception qu'énonce le deuxième alinéa est consacrée par l'article 947 du code français.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 488 ; Demolombe, t. 20, nos 455-457.

somme. Donc, il est indifférent que le donateur contracte ou ne contracte pas cette dette ; par cela seul qu'il s'est réservé le droit de mettre la dette à la charge du donataire, il s'ensuit que la donation est révocable jusqu'à concurrence du montant de cette dette, et que partant elle est nulle dans la même proportion. C'est ce qu'on décidait dans notre ancien droit (*a*). Voy. aussi notre article 782 qui consacre le même principe.

3° Enfin la donation sera nulle pour le tout si elle est faite à la charge de payer les dettes à venir du donateur, sans indication de la nature et du montant de ces dettes. Dans ce cas, en effet, le donateur s'est réservé la faculté de révoquer la donation pour le tout en contractant des dettes qui réduiraient la libéralité à rien.

Par application de ces principes, il faut décider que la donation sera nulle si le donateur impose au donataire la charge d'exécuter le testament qu'il pourrait faire ensuite. La question était controversée dans l'ancien droit (*b*), mais il ne saurait y avoir controverse en présence des termes formels de notre article. Il en serait de même de la condition d'acquitter les legs pieux ou rémunératoires que le donateur se réserverait de faire, même de donner une somme déterminée à chacun des domestiques que le donateur laisserait à son décès (arg. *a contrario* de l'art. 823) (*c*).

Mais serait valide la condition de payer les frais funéraires du donateur, de payer son médecin en cas de maladie. Cette charge est en effet facilement déterminable et on l'admettait sans difficulté dans l'ancien droit (*d*). J'ajouterai que cette condition est presque invariablement stipulée dans les donations que les ascendants font à leurs descendants à la charge de leur fournir des aliments.

Demolombe (n° 445) reconnaît la validité de la clause qui imposerait au donataire l'obligation d'acquitter des legs déjà faits dans un testament authentique reçu par un notaire désigné. Le testament, dit-il, se trouverait annexé *per relationem* à l'acte de donation. Et qu'importe que ce testament soit révocable. Ou il ne sera pas révoqué, et alors les légataires recevront le montant ou l'objet de leur legs ; ou il sera

---

(*a*) Voy. les autorités citées par Demolombe, t. 20, n° 440.

(*b*) Voy. Demolombe, t. 20, n° 442.

(*c*) Demolombe, n° 443.

(*d*) Le même, n° 444.

révoqué, et ce ne sera pas le donataire qui en profitera, mais les héritiers du donateur. Le sort de la donation reste donc toujours invariable..

Je ne noterai qu'un seul arrêt sur la disposition de l'article 784, c'est celui de *Dupuis* v. *Rieutord* (30 L. C. J., p. 99, M. L. R., 2. S. C., p. 226 ; 18 R. L., p. 625), où la cour de revision à Montréal a condamné à des dommages-intérêts le notaire qui avait reçu un acte de donation comportant obligation de payer des dettes futures et indéfinies. Ce n'était là que l'application des principes qui régissent la responsabilité civile.

IX.—Nullité des donations faites en contravention à la règle DONNER ET RETENIR NE VAUT.

Nous avons vu que la prohibition de la loi de donner et retenir en même temps entraîne la nullité de la donation qui y contrevient. Cette règle étant d'ordre public, il s'ensuit que la nullité est radicale. Donc, si le donateur dispose par donation entre vifs de biens à venir (art. 778); s'il stipule la suspension, la révocation ou la réduction de la donation sous une condition qui dépend uniquement de sa volonté (art. 782, al. 1, et art. 783); enfin, s'il impose au donataire des dettes à venir, dont la nature n'est pas exprimée dans l'acte ou dans un état qui y est annexé (art. 784) ; toute la donation sera nulle. Si, au contraire, le donateur se réserve la liberté de disposer ou de se ressaisir à sa volonté de quelque effet compris dans la donation, ou d'une somme d'argent sur les biens donnés, la nullité n'affecte que la partie retenue, et la donation vaut pour le surplus (art. 782, al. 2). Cette nullité, soit totale, soit partielle, n'atteint pas les donations faites par contrat de mariage.

J'ai dit que cette nullité, découlant de la contravention d'une disposition d'ordre public, est radicale ; il n'est donc pas permis aux parties de déroger à cette loi prohibitive (art. 13), et la renonciation de se prévaloir de cette nullité serait sans effet.

C'est du reste ce que décrète formellement l'article 785 qui est en ces termes :—

785. " Les nullités et prohibitions contenues aux trois " articles qui précèdent et en l'article 778, ont leur effet " nonobstant toutes stipulations et renonciations par lesquelles " on a prétendu y déroger " (*a*).

(*a*) Cet article ne se trouve pas au code Napoléon.

Cette disposition n'était pas nécessaire. C'est une conséquence de l'article 13, et le principe que la nullité en ce cas—c'est-à-dire lorsque la prohibition est d'ordre public—ne comporte ni dérogation, ni renonciation, est l'un des principes fondamentaux de notre droit civil. Cependant, l'article 785 témoigne de l'importance que le législateur attache à la règle *Donner et retenir ne vaut*, et met les contractants en garde contre toute disposition qui aurait l'effet de la violer.

NOTE.—*Donation mobilière.* Je me suis borné à dire *supra*, p. 82, qu'il n'est plus nécessaire que la donation de biens meubles soit accompagnée d'un état énumérant les biens donnés. Toutefois, comme je n'ai pas reproduit le texte de l'article 786 qui contient cette disposition, je vais combler cette lacune ici. L'article 786, qui est de droit nouveau, est en ces termes :

786. " Il n'est pas nécessaire, à moins d'une loi spéciale, que " l'acte de donation soit accompagné d'un état des choses " mobilières données ; c'est au donataire à faire preuve légale " de l'espèce et quantité désignée."

Avant le code, la donation de biens présents n'était valide, quant aux effets mobiliers, même contre le donateur et ses héritiers, que pour ceux qui étaient énumérés ou désignés dans l'acte ou dans un état y annexé, et reconnu des parties, et aussi pour ceux dont la délivrance avait lieu immédiatement, de manière à ce que l'espèce et la quantité des choses données, ne demeurassent pas incertaines. Le code Napoléon (art. 948) exige également un état estimatif.

SECTION III.—DE L'EFFET DES DONATIONS.

Nous connaissons maintenant les conditions de capacité ainsi que les conditions de validité que doivent remplir les donations entre vifs. Il nous reste à préciser les effets de la donation valide quant à sa forme, intervenue entre personnes capables de donner et de recevoir, et qui porte sur des choses qui peuvent se donner. Le législateur indique ici trois effets de la donation : 1° C'est un contrat translatif de propriété ; 2° Elle oblige le donateur de délivrer la chose donnée au donataire, sans que cependant il soit tenu, à moins d'une stipulation contraire, de garantir le titre qu'il confère ; 3° En certains cas elle astreint le donataire au paiement des dettes du donateur. Je suivrai cette division dans l'explication des articles de cette section.

§ I. Premier effet.—*La donation est un contrat translatif de propriété.*

Nous rencontrons ici une nouvelle formule plutôt qu'une modification bien réelle, une règle que notre ancien droit n'énonçait pas, il est vrai, mais vers laquelle il tendait en dépit de maximes solennellement décrétées par les vieilles coutumes. Autrefois, malgré qu'il fût de principe que le donateur se dessaisît de son droit de propriété à la chose dont il gratifiait le donataire, la donation ne recevait sa perfection que par la *tradition*. On distinguait deux espèces de tradition également nécessaires en principe : la tradition *de droit* et la tradition *de fait*.

La tradition *de droit* était l'irrévocabilité même de la donation qui empêchait le donateur de la révoquer : c'était le *vinculum juris* entre le donateur et le donataire.

La tradition *de fait* était la délivrance réelle de l'objet donné, la seule qu'on pût exactement désigner de ce nom.

Il eût été logique de nier au donataire l'action personnelle contre le donateur en l'absence de tradition de fait, car cette tradition rendait le contrat parfait, c'était une condition nécessaire de son existence, et c'est ce que quelques coutumes admettaient.

Mais la plupart des coutumes reculaient devant cette conséquence radicale. Ils accordaient l'action personnelle au donataire contre le donateur, mais seulement pendant la vie de ce dernier. Si, en l'absence de réserve d'usufruit, le donataire n'exigeait pas la tradition réelle du vivant du donateur, il n'avait pas d'action contre ses héritiers, car on présumait alors que la donation était faite pour cause de mort.

Cependait, on se contentait d'une tradition *feinte*. Tel était le cas de la donation avec réserve d'usufruit en faveur du donateur ; le fait, par ce dernier, de retenir à titre d'usufruit ou de précaire la chose qu'il détenait auparavant à titre de propriétaire, était une reconnaissance du droit de propriété du donataire, et ce n'était pas là, disait l'article 275 de la coutume de Paris, donner et retenir. Bien plus ; la simple clause de *dessaisine-saisine*, c'est-à-dire la déclaration du donateur qu'il se dessaisissait de la chose donnée et en saisissait le donataire, valait tradition de fait, sans qu'il fût besoin d'autre prise de possession.

Donc, après avoir posé le principe que la tradition *de fait*

était une condition essentielle de la perfection de la donation, on détruisait ce principe en admettant la tradition feinte et la dessaisine-saisine, de telle sorte que le relâchement des coutumes, suivant l'expression de Ricard, avaient fait de la tradition réelle un *pur jeu* (*a*).

Il ne s'agissait donc que de débarrasser la législation des entraves d'un vieux formalisme qui ne signifiait plus rien. Les auteurs du code Napoléon l'avaient fait en décrétant (art. 711 C. N.) que la propriété s'acquiert et se transmet par l'effet des obligations. Nos codificateurs ont accepté ce principe (art. 583) ; nous en trouvons l'application dans le cas de la donation (art. 777 et 795) et dans celui de la vente (art. 1025 et 1472).

Notre article 795, qui est indiqué comme étant de droit nouveau, énonce donc la règle suivante :

795. " La donation entre vifs des biens présents dépouille " le donateur, au moyen de l'acceptation, de la propriété de la " chose donnée, et transfère cette propriété au donataire, " comme dans la vente, sans qu'il soit besoin de tradition."

Le deuxième alinéa de l'article 777 pose le même principe. " Le consentement des parties," dit-il, " suffit comme dans la " vente sans qu'il soit besoin de tradition."

Mais on conçoit, pour que le seul consentement des parties rende le donataire propriétaire de la chose donnée, que l'objet de la donation doit être un corps certain. Ainsi, on a donné un cheval déterminé ; l'acceptation de la donation rendra le donataire propriétaire de ce cheval. Au contraire, si on a donné un cheval *in genere* ou tant de minots de blé à prendre sur une plus grande quantité, le donataire ne deviendra propriétaire que lorsque la chose aura été déterminée individuellement, d'un commun accord entre les parties, ce qui se fera généralement par la tradition. Remarquons toutefois que si le donataire est évincé de la chose qui lui a été donnée en paiement, le donateur devra lui en livrer une autre. En effet, le paiement n'a pas été valablement fait, et le donateur ne se trouve pas libéré de son obligation de délivrance. Ce n'est pas là une question de garantie ; c'est une question d'exécution de la donation (*b*). Toutefois, si le donateur donne au donataire

(*a*) Voy. Demolombe, t. 20, nos 224-226 ; j'ai analysé succinctement sa magistrale exposition de la doctrine de l'ancien droit au sujet de la tradition. Voy. aussi Pothier, *Introd. au titre 15 de la coutume d'Orléans*, nos 20 *et suiv.*

(*b*) Demolombe, t. 20, no 555 ; *Pandectes françaises*, vo *Donations et testaments*, no 4750.

tant de minots de blé à prendre dans sa grange et qu'après livraison, le donataire en a été évincé pour la raison que tout le blé dans la grange du donateur appartient à un tiers, je ne crois pas que le donataire puisse réclamer d'autre blé, car la donation a été restreinte au blé qui se trouvait dans la grange du donateur, et ce dernier ne donnait ce blé qu'autant qu'il était à lui. S'il s'agit d'une créance, d'une rente, le donataire deviendra, par l'effet de la donation, créancier du donateur (art. 777, al. 6). J'ai exposé cette doctrine ailleurs (*a*).

Ces principes ont tout leur effet entre le donateur et le donataire. Quant aux tiers, sauf dans le cas du don manuel, la translation de la propriété n'est parfaite que par l'enregistrement de la donation. Il sera question de cet enregistrement dans la section suivante.

§ II. Deuxième effet.—*Obligation de délivrer.—Garantie.*

La donation met à la charge du donateur diverses obligations qui varient suivant la nature de l'objet qui est donné. S'il s'agit d'un corps certain, le donateur doit le délivrer au donataire ; s'il s'agit d'une créance, il est tenu de la lui payer. Ces obligations donnent ouverture à une action personnelle contre le donateur en faveur du donataire.

En cela la donation ressemble à la vente, mais elle en diffère en ce que le donateur n'est pas tenu de garantir au donataire le titre de propriété qu'il lui confère. Lorsqu'il s'agit d'un contrat à titre onéreux, la loi présume, puisque l'une des parties donne une chose pour en acquérir une autre, que leur intention a été que chaque partie serait garantie par l'autre dans la possession de la chose qui lui a été transmise. La même présomption n'a pas sa raison d'être dans la donation ; le donataire ne donnant rien, recevant une chose à titre de pure libéralité, on doit supposer que le donateur, qui se dépouille gratuitement, entend donner la chose telle qu'il l'a lui-même, c'est-à-dire avec les chances d'éviction auxquelles elle peut se trouver soumise. Mais il reste responsable de son fait personnel, car la donation est un contrat sérieux et le donateur ne peut enlever d'une main ce qu'il donne de l'autre. C'est encore l'application de la maxime *Donner et retenir ne vaut.* Bien entendu que la garantie peut être stipulée même dans une donation. Généralement la convention devra être expresse,

(*a*) *Supra*, p. 97.

car la garantie n'est pas de la nature de la donation. Cependant on enseigne en France que l'engagement de garantir le donataire peut résulter de l'ensemble des clauses de la donation, et qu'ainsi il peut n'être que tacite (*a*).

Nous trouvons l'énonciation de ces principes dans l'article 796 qui se lit ainsi qu'il suit :

796. " La donation ne comporte par l'effet de la loi seule " aucune obligation de garantie de la part du donateur qui " n'est censé donner la chose qu'autant qu'elle est à lui.

" Néanmoins si la cause d'éviction provient de la dette du " donateur, ou de son fait, il est obligé, quoiqu'il ait agi de " bonne foi, de rembourser le donataire qui a payé pour se " libérer, à moins que celui-ci ne soit tenu du paiement en " vertu de la donation, soit par la loi, soit par la convention.

" Rien n'empêche que la garantie ne soit stipulée avec plus " ou moins d'étendue dans une donation comme dans tout " autre contrat " (*b*).

Il est donc de principe qu'il n'y a point de garantie en matière de donation. Partant, il n'est pas nécessaire de stipuler non-garantie ; la loi présume, à cause de la nature du contrat, que la garantie a été exclue. Mais cette dispense légale de garantie n'a pas plus d'effet que n'en aurait la stipulation de non-garantie dans un contrat de vente (*c*).

Exceptionnellement il y aura lieu à garantie :

1° Lorsque le donateur s'est obligé, par la donation, de garantir le donataire ;

2° Lorsque l'éviction arrive par suite de la dette du donateur (quand le donataire n'avait pas l'obligation de l'acquitter ou par son fait. La bonne foi du donateur n'affecte pas son obligation de garantir le donataire contre l'éviction à laquelle il a lui même donné lieu. La stipulation que le donateur ne répondrait pas de son fait personnel, sauf le cas où l'éviction serait causée par suite d'une dette mise à la charge du donataire, serait nulle dans une donation comme dans un contrat de vente (art. 1509).

Quelle sera alors la mesure de la garantie ? Demolombe (t. 20, n°s 550-551) distingue deux cas. Le fait du donateur qui a engendré l'éviction est antérieur à la donation, comme

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, t. 1er, n° 1347.

(*b*) Cet article ne se trouve pas dans le code Napoléon, mais le principe qu'il énonce n'est pas mis en doute en France.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, n° 1346.

lorsque le donateur avait déjà vendu ou donné la chose : dans ce cas le donateur rembourse au donataire les frais et loyaux coûts, les droits de mutation et les dépenses même somptuaires. Le fait générateur de l'éviction est-il subséquent à la donation, comme lorsqu'une seconde donation a été faite et enregistrée avant la première (*a*) : le donateur devrait rembourser les mêmes dépenses et de plus tenir compte au donataire de la plus-value que l'immeuble aurait acquise entre la date de la donation et celle de l'éviction.

Ces deux exceptions à la règle de non-garantie sont prévues par notre article, mais y en a-t-il d'autres ? Spécialement y a-t-il lieu à garantie lorsque la donation est onéreuse, lorsqu'elle est rémunératoire, lors enfin que le donateur a donné sciemment la chose d'autrui ? J'examinerai séparément chacune de ces hypothèses.

Donation onéreuse.—Il n'y a guère de question lorsque les charges, appréciables à prix d'argent, égalent la valeur des biens donnés, car alors la prétendue donation est une véritable vente, et la garantie est de droit. Je suppose que les charges n'égalent pas la valeur de la chose donnée. On a fait donation, par exemple, d'un immeuble de la valeur de $100,000 sous obligation d'acquitter des charges qui se montent à $20,000. Quelle sera la mesure de la garantie ?

Deux opinions sont en présence. Pothier (*Vente*, nº 614), dit que l'acte sera de nature mixte ; il tiendra de la vente pour un cinquième et de la donation pour les quatre cinquièmes. Donc, le donateur devra la garantie dans la même proportion, il sera tenu d'un cinquième de l'éviction (*b*).

D'un autre côté, Demolombe (nº 548) enseigne que le donataire ne peut répéter que ce qu'il a payé sur son patrimoine personnel et dans l'intérêt du donateur. Ainsi, si l'éviction a été totale, il y aura garantie pour le montant des charges, $20,000 ; si elle est partielle, au montant disons de $20,000, il reste au donataire un surplus de $60,000, les charges et le montant de l'éviction soldés. La donation est moindre, mais elle constitue une libéralité et il n'y aurait pas lieu à garantie (*c*).

(*a*) Ne pourrait-on pas dire dans ce cas que le donataire souffre par sa propre faute de n'avoir pas fait enregistrer la donation ? Sans doute cette considération n'excuserait pas le donateur qui profiterait de cette négligence, mais elle pourrait peut-être influer sur la question des dommages.

(*b*) Voy. aussi Laurent, t. 12, nº 398.

(*c*) Voy. les auteurs cités par Sirey et Gilbert sur l'art. 938 C. N. nº 5.

Je crois que cette dernière opinion devra être suivie, car le donataire est remboursé du montant des charges qu'il a acquittées dans le cas de l'éviction totale ou partielle, et le donateur est dispensé de la garantie pour la partie de la donation qui se trouve être à titre gratuit. Naturellement il s'agit ici de charges appréciables à prix d'argent ; si elles ne peuvent l'être, et que l'éviction soit totale, le donataire est quitte des charges s'il ne les a pas encore acquittées et n'a aucune action en répétition dans le cas contraire (*a*).

Donation rémunératoire.—Ici encore il n'y aurait pas lieu à garantie si les services à raison desquels la donation a été faite n'étaient pas appréciables à prix d'argent ; et au contraire il y aura garantie, comme dans le cas de la vente, si les services pouvaient s'apprécier à prix d'argent et qu'ils fussent égaux en valeur, ou à peu près, à la chose donnée, car le contrat dans ce cas était une véritable *dation en paiement* et partant l'équivalent d'une vente (art. 1592). Ces deux hypothèses ne souffrent point de difficulté.

D'un autre côté, lorsque la valeur des services appréciables à prix d'argent est inférieure à celle de la chose donnée, il y a eu donation pour le surplus et il n'y a qu'à appliquer ce que j'ai dit de la donation onéreuse (*b*).

Donation faite sciemment de la chose d'autrui.—On enseigne en France que le donateur est dans ce cas tenu d'indemniser le donataire de tout le dommage qu'il lui a causé en le trompant, non pas précisément en vertu d'une obligation de garantie proprement dite, mais à raison du dol par lui commis.

On en tire deux conséquences :

1° Le donataire n'aurait pas droit à une indemnité s'il avait su lui-même au moment de la donation que la chose donnée n'appartenait pas au donateur (arg. art. 1512) ;

2° S'il l'avait appris plus tard, il ne pourrait réclamer le remboursement des impenses faites depuis que cette connaissance lui était venue (*c*).

Il y a même dans cette seconde opinion des distinctions sur lesquelles on ne s'entend pas, quant à la bonne ou mauvaise foi du donateur, quant aux fruits et revenus que le donataire a pu percevoir. Ne pouvant entrer dans toutes ces considérations, je renvoie aux auteurs qui les développent. Voy. les auteurs cités par les *Pandectes françaises*, v° *Donations et testaments*, n[os] 4756 et suiv.

(*a*) Pothier, *Vente*, n° 615.

(*b*) Demolombe, n° 549.

(*c*) Demolombe, n° 552.

Mais on ajoute, sur l'autorité du passage de Pothier que j'ai analysé plus haut (p. 56) que même lorsque le donateur ne doit aucune indemnité au donataire, il n'en est pas moins tenu de ne pas l'évincer lui-même, car on est toujours garant de son propre fait.

Cependant, on n'admet pas la doctrine de Pothier (*a*) que le propriétaire de la chose donnée, s'il devenait l'héritier du donateur, pourrait évincer le donataire. Puisque le donateur ne peut recourir à l'éviction, son héritier, qui succède à toutes ses obligations, ne saurait le faire non plus. On donne donc cet effet à la donation de la chose d'autrui que, si le donataire s'est mis en possession de cette chose, ni le donateur, ni ses héritiers, quand même ils seraient en leur propre nom propriétaires de la chose, ne peuvent revendiquer cette chose contre le donataire (*b*).

Dans notre droit, la donation de la chose d'autrui est en principe nulle, mais elle devient valide si le donateur acquiert plus tard la propriété de la chose donnée ; en un mot elle est contractée sous la condition suspensive de l'acquisition subséquente de la chose par le donateur (art. 773) (*c*). Donc de deux choses l'une :

Ou bien la donation est restée nulle pour la raison que le donateur n'a pas acquis la chose, et alors, si le donateur savait, au moment de la donation, que cette chose ne lui appartenait pas, il devra, à cause de son dol, indemniser le donataire de tout le dommage qu'il lui a causé en le trompant, conformément aux principes que je viens d'exposer ;

Ou bien la donation a été validée par suite de l'acquisition subséquente, par le donateur, de la chose donnée, et alors il y aura ou non lieu à garantie comme dans le cas d'une donation ordinaire. On peut ajouter cependant que le recours du donataire serait alors en revendication de la chose donnée. Il en serait devenu propriétaire par l'acquisition que le donateur en aurait faite, et ne saurait en être évincé par le fait du donateur, sauf dans des cas exceptionnels, par exemple, si, à raison du défaut d'enrégistrement de la donation, le donateur avait pu conférer à un tiers des droits sur la chose donnée.

(*a*) Voy. le passage analysé *supra*, p. 56.

(*b*) Voy. Laurent, t. 12, n° 391 ; *Pandectes françaises*, v° *Donations et testaments*, n° 4749.

(*c*) Le fait que cette condition suspensive dépend uniquement de la volonté du donateur, démontre combien le tempérament expressément admis par l'article 773 est contraire aux principes.

§ Troisième effet.—*Obligation du donataire de payer les dettes du donateur.*

Nous avons ici plusieurs articles qui ne se trouvent pas au code Napoléon, mais qui sont indiqués comme étant conformes à l'ancien droit. En France, toute la question est discutée par les commentateurs, mais elle a soulevé bon nombre de controverses auxquelles nous échappons, du moins en partie.

Nous avons vu à la section précédente que les donations sont, ou bien *universelles*, ou bien *à titre universel*, ou bien à titre *particulier*.

Il y a donation *universelle* lorsque le donateur a donné tous ses biens.

Il y a donation *à titre universel* quand l'on a donné l'universalité des biens meubles ou des immeubles, des biens de la communauté matrimoniale ou autre universalité, ou une quote part de ces sortes de biens.

Enfin, il y a donation *à titre particulier* lorsque la donation est limitée à des choses désignées particulièrement (art. 780).

Mais remarquons à ce propos, avec l'article 801, que " l'exception de choses particulières, quels qu'en soient le nombre " et la valeur, dans une donation universelle ou à titre universel, ne dispense pas le donataire du paiement des dettes (*a*).

Nous verrons maintenant quelle responsabilité le donataire encourt dans ces diverses espèces de donations. Il s'agit, bien entendu, d'une responsabilité légale et non d'une responsabilité conventionnelle.

I. Donation universelle.—Comme l'héritier ou le légataire universel, le donataire universel est de droit responsable de toutes les dettes du donateur, mais cette responsabilité se limite aux dettes qui existaient lors de la donation.

" Le donataire universel entre vifs des biens présents," dit le premier alinéa de l'article 797, " est tenu personnellement " de la totalité des dettes que le donateur devait lors de la " donation."

Ce principe et celui qu'énonce le deuxième aliéna de notre article quant au donataire à titre universel ont été consacrés par l'article 334 de la coutume de Paris, qui portait que les deux espèces de donataires " sont tenus entre eux contribuer " au paiement des dettes, chacun pour telle part et portion

(*a*) On trouvera quelques développements sur cet article, *supra*, p.108.

" qu'ils en amendent." Cette doctrine est également enseignée en France par bon nombre d'auteurs, mais l'opinion contraire réunit, me semble-t-il, des suffrages plus imposants (*a*). Ce n'est pas qu'on conteste que le donataire des biens présents ne soit tenu indirectement des dettes du donataire, en vertu du principe *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*, mais on nie qu'il en soit tenu de plein droit, car, dit-on, il n'est pas le *successeur* du donataire (*b*).

Cependant, la question n'en est pas une dans notre droit. L'article 797 pose le principe absolu que le donataire universel entrevifs est tenu *personnellement* de la totalité des dettes que le donateur devait lors de la donation. Donc, il en est tenu de plein droit et le créancier peut exercer contre lui l'action personnelle qu'il avait contre le donateur.

Il faut aller plus loin et dire qu'en principe le donataire universel est tenu des dettes *ultra vires bonorum*, sauf la faculté d'abandon que la loi lui reconnaît et que j'expliquerai plus loin. L'article 334 de la coutume de Paris, il est vrai, ne rendait le donataire responsable que pour la part et portion qu'il amendait, mais notre article 797 ne distingue pas et ne met, sauf la faculté d'abandon dont il est question à l'article 708, aucune limite à la responsabilité légale du donataire pour les dettes que le donateur devait lors de la donation. C'est l'application du principe *quem sequuntur commoda sequuntur et incommoda*. A ce point de vue, et sauf toujours la faculté d'abandon, il n'y a, entre la position du donataire universel et celle de l'héritier ou du légataire universel d'autre différence que celle qui limite la responsabilité du premier aux dettes existantes lors de la donation.

Bien entendu, ces dettes doivent avoir acquis date certaine avant la donation (art. 1225), car autrement il serait au pouvoir du donateur de contracter de nouvelles dettes et d'enlever tout effet à la donation en antidatant l'écrit qui en fait foi. Il suffit du reste que la dette existe lors de la donation ; il importe peu qu'elle soit devenue exigible ou que la condition suspensive sous laquelle elle a été contractée se soit réalisée depuis. C'est ce que la cour de revision à Québec a jugé dans la cause de *Goupil* v. *Letellier* (15 Q. L. R., p. 120).

(*a*) Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 945 C. N., nº 4.

(*b*) Il y avait même des dissidences dans l'ancien droit. Ainsi Ferrière, sur l'art. 334 de la coutume de Paris, disait que les donataires, dont parle cet article, " ne s'entendent que des donataires testamentaires ou à cause " de mort, et non des donataires entre vifs."

Enfin, il est clair que s'il y a plusieurs donataires universels des mêmes biens, chacun d'eux contribuera au paiement des dettes que le donateur devait lors de la donation de la même manière que les héritiers et légataires universels. Voy. mon tome 3, pp. 582 et suiv.

II. Donation à titre universel.—Le deuxième alinéa de l'article 797 pose le principe que " le donataire entre vifs de ces biens " (c'est-à-dire des biens présents) à titre universel est tenu " personnellement des mêmes dettes (les dettes présentes) en " proportion de ce qu'il reçoit."

Le légataire à titre universel est tenu des dettes présentes *en proportion de ce qu'il reçoit*, ce qui veut dire que s'il reçoit, par exemple, la moitié des biens il payera la moitié des dettes. Le législateur n'a pas voulu limiter sa responsabilité au montant qu'il reçoit en réalité. Au contraire, le légataire à titre universel est tenu de cette proportion des dettes *in infinitum*, sauf la faculté d'abandon que la loi lui accorde.

On peut d'ailleurs lui appliquer, *mutandis mutatis*, ce que j'ai dit du donataire universel. Ainsi, les créanciers du donateur exerceront contre lui une action personnelle, sa responsabilité existant de plein droit.

Il est élémentaire du reste d'ajouter, dans un cas comme dans l'autre, que les créanciers ne perdent pas leur recours contre le donateur, sauf le cas de novation. Ils ont un débiteur de plus.

III. Donation à titre particulier.—Ici le donataire n'est *personnellement* responsable de rien ; il peut être tenu hypothécairement de la dette à laquelle l'immeuble qui lui est donné a été hypothéqué, mais il se libérera de la dette en délaissant l'immeuble.

C'est ce que porte l'article 799 en ces termes :

799. " Le donataire entre vifs à titre particulier n'est pas " astreint personnellement aux dettes du donateur. Il peut, " dans le cas de poursuite hypothécaire, abandonner l'immeuble " affecté, comme tout autre acquéreur " (*a*).

Ce principe est universellement reconnu en France.

Remarquons du reste que le donataire à titre particulier

(*a*) La décision du juge Mondelet, dans la cause de *Paquin* v. *Bradley* (14 L. C. J., p. 208), ne fait qu'affirmer le principe de cet article et de l'article 780.

peut, par suite de l'exercice de l'action paulienne, perdre le bénéfice de la donation si le donateur était insolvable lors de la donation, ou s'il s'est rendu insolvable en la faisant. C'est la conséquence qu'énonce l'article 803.

Je puis du reste renvoyer à ce que j'ai dit de la responsabilité tant des héritiers que des légataires universels, à titre universel, ou à titre particulier, en mon tome 3, pp. 575 et suivantes.

IV. Faculté du donataire de se libérer des dettes en abandonnant les biens donnés.—J'ai dit qu'en principe le donataire universel, pour la totalité, et le donataire à titre universel, pour sa proportion des dettes, sont tenus *in infinitum* et *ultra vires bonorum*. Cependant, à la différence de l'héritier ou du légataire universel ou à titre universel, il a la faculté d'échapper à cette obligation en abandonnant les biens qui lui ont été donnés. Il n'est pas question pour lui, comme pour l'héritier ou le légataire, d'accepter la donation sous bénéfice d'inventaire, ce qui serait injurieux pour le donateur, mais il obtient le principal avantage du bénéfice d'inventaire en abandonnant le bénéfice de la donation.

Cette faculté d'abandon est énoncée en ces termes par l'article 798.

798. " Cependant le donataire à quelque titre que ce soit, " si les choses données sont suffisamment désignées en détail " par la donation, ou s'il a fait inventaire, peut se libérer des " dettes du donateur en rendant compte et en abandonnant " la totalité de ce qu'il a reçu.

" S'il est poursuivi hypothécairement seulement, il peut, " comme tout autre possesseur, se libérer en abandonnant " l'immeuble hypothéqué, sans préjudice aux droits du dona- " teur envers qui il peut être obligé au paiement."

Les codificateurs expliquent que cette disposition est conforme à l'ancien droit, et qu'elle confère aux donataires le privilège d'abandon que ce droit reconnaissait aux légataires (*a*).

Mais ni les codificateurs, ni les auteurs qu'ils citent n'expliquent ce que c'est que cet abandon, ni les formalités que le donataire doit remplir pour l'effectuer. Au fond, c'est une sorte de cession de biens limitée aux biens donnés, pour le bénéfice des créanciers du donateur. Je crois qu'il pourra se

(*a*) La disposition de l'ancien droit, quant au droit d'abandon des légataires, est énoncée à l'art. 131 du projet de ce titre.

faire par une déclaration en justice du donataire qu'il abandonne aux créanciers du donateur et pour leur bénéfice, la totalité des biens donnés. Le tribunal pourrait alors nommer un curateur à cet abandon. L'abandon serait à temps même pendant une instance entre le créancier et le donataire et jusqu'au jugement qui déclare définitivement que ce dernier est le débiteur personnel du créancier (arg. art. 656, 669).

Quant aux effets de l'abandon, on peut, jusqu'à un certain point, tirer argument de la disposition de l'article 802 du code Napoléon, lequel, d'accord en cela avec notre ancien droit, permet à l'héritier bénéficiaire de se décharger du paiement des dettes, en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires.

On déduit de cette disposition, en France, plusieurs conséquences qui me paraissent, *mutandis mutatis,* applicables au donataire qui abandonne aux créanciers du donateur les biens donnés. Ainsi, le donataire conserve la *propriété* des biens abandonnés ; il ne se dessaisit que de la *possession* de ces biens. Il peut donc reprendre les biens donnés en payant toutes les dettes que le donateur devait lors de la donation, ou la proportion dont il en est tenu (arg, art. 657, 677), et les créanciers ne peuvent s'attribuer ces biens, mais ils doivent les faire vendre en justice, et la différence qui reste après le paiement de leur créance, retourne au donataire. Si le donataire universel ou à titre universel est en vertu d'une autre donation donataire particulier de certains biens du même donateur, il va sans dire qu'il n'est pas tenu de les inclure dans son abandon, car il n'encourt, à raison de la donation de ces biens, aucune responsabilité personnelle à l'égard des créanciers du donateur, sauf à ces derniers à exercer l'action paulienne s'il y a eu fraude. Bien entendu, s'il y a plusieurs donataires universels ou à titre particulier, l'un d'eux peut, sans le concours des autres, exercer la faculté d'abandon (*a*).

Le deuxième alinéa de notre article prévoit le cas où le donataire est poursuivi hypothécairement. Il se libère alors par le délaissement. Cependant, comme il peut se faire que malgré tout le donataire soit obligé à acquitter cette dette vis-à-vis du donateur, l'article 798 réserve le recours de ce dernier.

V. Modifications que les parties peuvent apporter à l'obligation du donataire de payer les dettes du donateur.—La responsabilité du

(*a*) Voy. sur l'article 802 du code Napoléon, M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, nº 202.

donataire, soit universel soit à titre universel pour les dettes du donateur, existe, nous l'avons vu, de plein droit. Cependant cette responsabilité peut être modifiée, augmentée ou diminuée par la donation, car elle ne résulte que de l'intention présumée des parties. A cet effet, l'article 800 pose la règle suivante :

800. " L'obligation de payer les dettes du donateur peut être " modifiée en plus ou en moins par l'acte de donation, pourvu " qu'il ne contrevienne pas aux prohibitions de la loi quant " aux dettes futures et incertaines.

" L'action du créancier en ce cas, contre le donataire per- " sonnellement au delà de ce qui est fixé par la loi, se règle " d'après ce qui est établi au sujet de la délégation et de l'in- " dication de paiement au titre *Des obligations.*"

Le premier alinéa de cet article ne présente aucune difficulté ; il faut le lire avec l'article 784 qui énonce les prohibitions de la loi dont il est ici question.

Le deuxième alinéa de l'article 800 renvoie aux articles 1173 et suivants ; il subordonne le recours du créancier aux règles qui régissent la délégation de paiement. Je n'ai pas à expliquer ces règles ici ; je me contenterai de dire que, pour que le créancier exerce un recours contre le donataire, il faut qu'il ait accepté la délégation de paiement. La cour de revision, à Montréal, a jugé que la signification d'une action à la personne déléguée, réclamant de lui la dette en vertu de la délégation de paiement, constitue une acceptation suffisante de cette délégation : *Bedell* v. *Smart* (R. J. Q., 6 C. S., p. 336) et *Moore* v. *Smart* (R. J. Q., 6 C. S., p. 432). J'aurai à revenir sur ces questions.

VI. Droits des créanciers du donateur de réclamer la séparation de patrimoines.—L'effet de la donation étant de transférer au donataire la propriété de la chose donnée, il s'ensuit que, dès la signature de l'acte, cette chose prend rang dans son patrimoine et se confond avec ses autres biens. Il en résulterait, sans le bénéfice de la séparation de patrimoines, que ses créanciers personnels concourraient sur les biens donnés avec les créanciers du donateur et, s'il était insolvable, ce concours serait très préjudiciable à ceux-ci. Pour obvier à cet inconvénient, la loi est venue au secours des créanciers du donateur, comme elle le fait du reste dans le cas de succession, et leur donne la faculté de requérir la séparation du patrimoine du donateur d'avec celui du donataire. C'est ce que porte l'article 802 en ces termes :

802. " Les créanciers du donateur ont droit à la séparation " de son patrimoine d'avec celui du donataire, dans les cas où " celui-ci est tenu de la dette, suivant les règles sur la séparation de patrimoines en matière de succession, exposées au " titre précédent " (*a*).

Comme notre article le dit, cette séparation de patrimoines est régie par les mêmes règles que la séparation de patrimoines en matière de succession. J'ai expliqué ces règles en détail dans mon tome 3, pp. 595-611 ; il n'est pas nécessaire d'y revenir.

VII. Droit des créanciers de faire annuler la donation faite en fraude de leurs droits.—Tout en posant le principe que celui qui est propriétaire et capable de disposer librement de ses biens, peut le faire par donation entre vifs (art. 761), la loi a dû faire exception pour le cas de fraude. En effet, les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers (art. 1981), et ceux-ci peuvent attaquer tout acte de leur débiteur qui porte atteinte à leur gage (art. 1032). L'action que le législateur leur accorde à cette fin est connue sous le nom d'*action paulienne* (*b*) ou *action révocatoire*. Il y a ouverture à cette action lorsque deux conditions se rencontrent : l'acte doit résulter d'un concert frauduleux entre les deux parties : *consilium fraudis ;* il doit avoir l'effet de nuire au créancier : *eventus damni*. Il s'ensuit que, même lorsque l'intention de frauder existe, l'acte ne pourra être annulé que s'il est préjudiciable, c'est-à-dire si le débiteur était ou s'il s'est

(*a*) Les codificateurs s'expriment ainsi qu'il suit sur cette disposition : " Elle pourrait à plusieurs paraître comme étant ici de droit nouveau ; " on se borne à la donner comme réglant un point douteux. On a dit à " l'encontre que le donataire peut toujours se libérer en rapportant, " mais ce n'est pas l'intérêt du débiteur qu'a pour objet la séparation de " patrimoines, et en outre le rapport des biens donnés n'est que facultatif. " L'on dit aussi que le créancier peut recourir à la révocation au moyen " de l'action paulienne ; mais pourquoi l'obliger à contester la donation " même, lorsqu'il peut exercer un recours plus simple sur les biens en " poursuivant pour la dette ? Et est-ce bien le cas propre de l'action " paulienne, que celui où l'obligation de payer la dette est inhérente ? " Cette action n'est-elle pas plutôt destinée à protéger le créancier contre " la donation à titre particulier ? Dans tous les cas, si cette manière de " voir n'était pas correcte, qui empêcherait l'accessoire de l'action pour " la dette d'y rester attaché quand le recours optatif à l'action révocatoire n'est pas exercé ? "

(*b*) Cette action a conservé le nom du préteur romain qui, le premier, l'accorda à ses concitoyens.

rendu insolvable par l'acte incriminé, et partant les créanciers antérieurs du disposant seuls peuvent le faire révoquer ; le gage des créanciers subséquents à l'acte frauduleux, qui n'ont dû compter que sur le patrimoine subséquent de leur débiteur, n'étant pas affecté par l'acte, ils ne peuvent s'en plaindre (*a*).

Le concert frauduleux, je l'ai dit, doit être commun aux deux parties. Mais à ce sujet la loi fait une distinction entre l'acte à titre onéreux et l'acte à titre gratuit. Dans le premier cas, il faut prouver que le contractant connaissait l'insolvabilité du débiteur, dans le second, l'insolvabilité étant démontrée, cette connaissance ou plutôt la fraude se présume (art. 1034, 1035). La raison de cette distinction se saisit facilement. L'acquéreur à titre onéreux donnant valeur pour la chose qu'il a acquise, son intention de frauder doit être démontrée d'une manière non équivoque ; au contraire, l'acquéreur à titre gratuit reçoit sans rien donner en retour ; on ne le prive donc que d'une libéralité et la fraude du disposant étant démontrée, l'acquéreur ne peut s'en plaindre, car il n'avait aucun titre à cette libéralité et le disposant n'avait pas le droit de la lui faire.

Ces principes recevront plus de développement dans le titre *Des obligations*, et l'exposition succincte que j'en ai faite suffit pour faire comprendre la disposition de l'article 803 qui est en ces termes :

803. " Si au temps de la donation et distraction faite des " choses données le donateur n'était pas solvable, les créan- " ciers antérieurs, hypothécaires ou non, peuvent la faire révo- " quer quand même l'insolvabilité n'aurait pas été connue du " donataire.

" Dans le cas de faillite, les donations faites par le failli " dans les trois mois qui précèdent la cession ou le bref de " saisie en liquidation forcée sont annulables comme présu- " mées faites en fraude."

Je puis également citer l'article 1034 qui porte qu'" un contrat à titre gratuit est réputé fait avec intention de frauder, " si, au temps où il est fait, le débiteur est insolvable (*b*)."

Donc, conformément aux principes, l'action en nullité n'ap-

(*a*) Il y a une raison additionnelle de les exclure en matière de donation entre vifs, car s'ils avaient pu demander l'annulation de la donation, le donataire, qui voudrait conserver les biens donnés, serait indirectement forcé d'acquitter des dettes à venir du donateur.

(*b*) Cet article, pas plus que l'article 803, ne se trouve au code Napoléon.

partient qu'aux créanciers antérieurs du donateur, " hypothécaires ou non," dit notre article. Cependant, le créancier hypothécaire qui est pleinement garanti par son hypothèque, me semblerait sans intérêt à demander la nullité de la donation, car l'intérêt est la mesure des actions et le débiteur n'est pas insolvable à son égard ; du moins serait-il raisonnable qu'il discutât préalablement les biens qui sont hypothéqués à sa créance.

L'article 803 va plus loin que l'article 1034 en ce qu'il crée une présomption de fraude, même en l'absence de preuve d'insolvabilité, si la donation a été faite dans les trois mois qui précèdent la cession de biens ou la faillite du débiteur. Il n'existe plus, depuis l'abrogation de l'acte de faillite de 1875, de bref de saisie en liquidation forcée, sauf à l'égard de certaines corporations.

Il va sans dire qu'il s'agit ici d'une véritable donation ; si, quoique dénommé donation, l'acte constitue réellement un contrat à titre onéreux, il faudrait prouver que le prétendu donataire connaissait l'insolvabilité du donateur. Le plus ou moins de libéralité constitue une question d'appréciation. A l'inverse si un contrat que l'on a prétendu être à titre onéreux est véritablement une donation, les articles 803 et 1034 s'appliqueront. Ajoutons qu'il s'agit ici d'actes sérieux : si l'acte est simulé, s'il n'a que la couleur et non la substance d'un acte, tout créancier antérieur ou postérieur peut en opposer l'inexistence.

Il va sans dire qu'il y a un grand nombre d'arrêts sur ce sujet, car les actions pauliennes ont été et sont encore très fréquentes. Cependant, comme l'article 803 est en quelque sorte un hors d'œuvre dans ce titre, je crois devoir renvoyer la revue de cette jurisprudence au titre *Des obligations*, où elle se trouvera plus à sa place.

SECTION IV.—DE L'ENREGISTREMENT QUANT AUX DONATIONS ENTRE VIFS EN PARTICULIER.

§ I.—*Origine de la publicite des donations—Insinuation.*

On a toujours compris qu'une mesure de publicité était essentielle en matière de donations entre vifs. La publicité des donations a pour motif : 1° l'intérêt du donateur, que la crainte de cette publicité peut empêcher de faire une libéralité immodérée, scandaleuse ; 2° l'intérêt des héritiers du dona-

teur, afin qu'ils soient instruits, avant d'être appelés à accepter sa succession, de la diminution de son patrimoine ; 3° l'intérêt des tiers qui ont déjà contracté avec le donateur ou qui pourraient le faire après la donation dans l'ignorance de cette disposition. Aussi, bien que la donation vaille sans enregistrement entre le donateur et le donataire et ses héritiers, elle n'a aucun effet vis-à-vis des tiers et même des héritiers du donateur lorsque cette formalité n'a pas été accomplie (art. 806).

Cette publicité—que nous appelons *enregistrement*—était connue sous le nom d'*insinuation* dans le droit romain et dans l'ancien droit. C'est l'empereur Constance Chlore, le père de Constantin, qui, le premier, l'exigea, en ordonnant que l'écrit constatant la donation serait inséré (*insinuari*) dans les actes des magistrats. Justinien décréta que toute donation immobilière ou mobilière excédant cinq cents écus d'or serait insinuée ; il n'y avait exception que pour les donations faites à l'empereur ou par lui, pour celles qui avaient pour objet le rachat de captifs et pour quelques autres. Le défaut d'insinuation viciait la donation même à l'égard du donateur pour tout ce que dépassait les *quingentos solidos* (*a*).

L'ordonnance de Villiers-Cotterets (août 1539, art. 132, 133), au témoignage de Demolombe (n° 234), est la première des ordonnances françaises qui ait fait mention de l'insinuation. Mais, depuis, les monuments législatifs ne font pas défaut ; et du reste on peut dire que moins on insistait sur la tradition réelle, plus il devenait nécessaire que la donation fût insinuée. En effet, la tradition réelle était une sorte de publication de la donation, mais du moment qu'on commençait à se contenter de tradition feintes, il fallait trouver un autre moyen de protéger les tiers et même les héritiers du donateur. C'est ainsi que les mêmes raisons et les mêmes craintes ont fait adopter le même remède dans l'ancien droit français et dans le droit romain (*b*).

Nous trouvons enfin le dernier état de l'ancienne jurisprudence française dans les dispositions de l'ordonnance des donations (1731), qui posait le principe que toutes les donations entre vifs, même les donations rémunératoires ou mu-

---

(*a*) Demolombe, t. 20, n° 233.

(*b*) Cette considération avait tellement de poids qu'on exemptait de la formalité de l'insinuation les donateurs de choses mobilières lorsqu'il y avait tradition réelle : Ordonnance de 1731, art. 22. Telle est encore la disposition de l'article 808 de notre code.

tuelles, seraient insinuées, et n'exceptait de cette règle que les donations faites dans les contrats de mariage en ligne directe et les donations de choses mobilières, quand il y avait tradition réelle ou quand elles n'excédaient pas la somme de mille livres une fois payée (art. 19-22) (*a*).

L'insinuation dont il était question dans l'ancien droit se faisait par la transcription de l'acte de donation dans un registre tenu à cet effet au greffe des tribunaux et désigné sous le nom de *registre des insinuations.* Notre droit moderne n'a innové qu'en remplaçant la transcription dans un registre tenu au greffe des tribunaux par la transcription aux registres du bureau d'enregistrement. Mais l'enregistrement est requis dans les mêmes cas que l'insinuation, et les effets du défaut d'enregistrement sont en général les mêmes que ceux du défaut d'insinuation.

En France, sous l'empire du code Napoléon, la transcription qui correspond à notre enregistrement, remplace également l'insinuation au greffe du tribunal, mais cette transcription n'est requise que lorsqu'il s'agit de biens susceptibles d'hypothèques (art. 939 C. N.); il ne peut donc en être question lorsque l'objet de la donation est un meuble. De plus, les effets du défaut de transcription de la donation, sont, d'après l'opinion la plus autorisée, bien plus restreints que les effets du défaut d'enregistrement tels que définis par notre code.

§ II.—*Système de publicité organisé par notre code.—Abolition de l'insinuation.*

L'article 809 pose le principe que " les donations sont " sujettes aux règles concernant l'enregistrement des droits " réels contenues au titre dix-huit de ce livre, et ne sont plus " soumises aux règles de l'insinuation." Et le premier alinéa de l'article 804 dit que " l'enregistrement des donations entre " vifs aux bureaux établis pour l'enregistrement des droits " réels, remplace l'insinuation aux greffes des tribunaux qui " est abolie."

Cette substitution de l'enregistrement des donations à leur insinuation remonte au statut 14-15 Victoria, chapitre 93,

(*a*) L'ordonnance des donations n'a jamais été enregistrée en ce pays, ce qui n'a pas empêché les codificateurs de la suivre et de la citer presque à chaque pas, mais les lords du conseil privé ont exprimé l'opinion que ce fait ne pouvait faire présumer que l'ordonnance de 1731 était entrée dans notre jurisprudence : *Symes & Cuvilliers*, 5 App. Cas., p. 138.

adopté en 1851. Il n'y avait pas lieu—du moment que la loi avait organisé un système d'enregistrement de droits réels—de maintenir l'insinuation ; il était plus logique de faire transcrire les donations aux mêmes bureaux que les autres actes, et c'est ce que le législateur a fait.

Remarquons également que les donations, comme le dit l'article 809, " ne sont plus soumises aux règles de l'insinuation." Avant donc d'adopter une décision de l'ancien droit quant à l'insinuation, quant aux personnes qui devaient l'effectuer, et quant aux effets du défaut d'insinuation, il faut se demander si cette décision peut encore s'autoriser en vue des dispositions du code civil concernant l'enregistrement et du droit statutaire d'où ces dispositions tirent leur origine. Sans doute, le législateur n'a pas méconnu la plupart des règles de l'ancien droit à cet égard et on peut consulter ces règles lorsque l'intention du législateur de les suivre n'est pas équivoque, mais, surtout en ce qui concerne les immeubles, il faut regarder la législation de l'enregistrement des donations comme loi nouvelle et l'interpréter comme telle (*a*).

Dans la cause de *Paré* v. *Allen* (M. L. R., 7 S. C., p. 107), le juge Würtele a décidé que, sous le statut 14-15 Victoria, chapitre 93, article 4, l'enregistrement d'une donation a le même effet que son insinuation d'après la loi ancienne, même quant aux donations enregistrées avant la passation du statut, mais qui n'avaient pas été insinuées. Ainsi, on ne pouvait se prévaloir du défaut d'insinuation d'une donation faite en 1842 par contrat de mariage qui avait été dûment enregistré.

Enfin, il importe de constater, au début de cette section, que le législateur n'organise pas ici un système de publicité différent de celui qui s'applique à tous les droits réels en vertu des lois générales concernant l'enregistrement des droits réels, il n'a fait qu'étendre la portée de ces lois qui, comme le dit du reste l'article 809, régissent les donations comme les autres actes qui affectent des droits réels (*b*).

(*a*) Voy., en ce sens, l'opinion exprimée par la cour de revision dans la cause de *Pelletier* v. *Lapalme*, R. J. Q., 12 C. S., p. 97, et p. 109 du rapport.

(*b*) Ainsi que la rubrique de cette section l'indique, il ne s'agit que des règles de l'enregistrement appliquées aux donations entre vifs en particulier.

§ III—*Quelles donations doivent être enregistrées.*

L'article 806, en réponse à cette question, pose en ces termes une règle générale qui cependant comporte quelques exceptions : " Toutes donations entre vifs, mobilières ou immobi-" lières, même celles rémunératoires, doivent être enregistrées, " sauf les exceptions contenues aux deux articles qui sui-" vent (*a*)."

Il y a ici une extension des lois générales qui régissent l'enregistrement des droits réels, lesquelles ne s'appliquent qu'aux immeubles. D'accord avec l'ancienne jurisprudence notre code exige l'enregistrement même des donations mobilières. La raison de cette exigence est celle que j'ai indiquée au commencement de cette section : les tiers qui contracteraient avec le donateur et les héritiers de ce dernier ont intérêt à connaître l'étendue de son patrimoine, ce qui serait impossible s'il pouvait se dépouiller à titre gratuit de ses meubles par un acte secret (*b*).

Telle est donc la règle générale. Elle veut que toutes donations soient enregistrées, les donations rémunératoires comme les autres. Il en est de même des donations par contrat de mariage et des donations à cause de mort (art. 808, 2e alinéa). Cette règle cependant comporte deux exceptions, lesquelles étaient également admises dans l'ancien droit : 1o les donations faites en ligne directe par contrat de mariage ; 2o les donations d'effets mobiliers, lorsqu'il y a tradition réelle et possession publique par le donataire.

C'est ce que décrètent les articles 807 et 808 qui se lisent ainsi qu'il suit :

807. " Les donations faites en ligne directe par contrat de " mariage ne sont pas affectées faute d'enregistrement quant " à ce qui excède les effets des lois générales d'enregistrement.

" Toutes autres donations en contrat de mariage, même " entre futurs époux, et même à cause de mort, et aussi toutes " autres donations en ligne directe, demeurent sujettes à être " enregistrées comme les donations en général."

(*a*) Nous avons vu que l'article 20 de l'ordonnance de 1731 contenait une disposition semblable.

(*b*) Il semblerait que la même raison pourrait être invoquée dans le cas d'une vente d'effets mobiliers. Mais là il reste une ressource, car on peut arriver à faire voir s'il s'agissait réellement d'un contrat sérieux en mettant en question le paiement du prix.

808. " Les donations d'effets mobiliers, soit universelles, soit " particulières, sont exemptées de l'enregistrement lorsqu'il y " a tradition réelle et possession publique par le donataire."

Quant aux donations en ligne directe par contrat de mariage, il n'y a pas une exemption absolue d'enregistrement. L'article 807 dit que ces donations ne sont pas affectées faute d'enregistrement *quant à ce qui excède les effets des lois générales de l'enregistrement.* De là concluons : 1º Que s'il s'agit d'un immeuble, la donation devra être enregistrée sous peine pour le donataire d'être évincé par un acquéreur ou troublé par un créancier hypothécaire, dont les droits acquis du donateur, même subséquemment à la donation, seraient enregistrés avant l'enregistrement de la donation (art. 2098) ; 2º Que l'exception de l'article 807 s'appliquant dans toute sa force à l'extension que cette section a apportée aux lois ordinaires d'enregistrement, un créancier chirographaire du donateur, en l'absence de fraude, et tout autre intéressé dont les droits ne sont pas enregistrés sur l'immeuble, ne peuvent se prévaloir du défaut d'enregistrement de la donation de cet immeuble faite par contrat de mariage et en ligne directe ; 3º Que l'exception de l'article 807 serait absolue dans le cas d'une donation d'effets mobiliers—même sans tradition réelle et possession publique par le donataire—une telle donation n'étant pas sujette à l'enregistrement en vertu des lois générales d'enregistrement.

A l'égard des donations d'effets mobiliers, soit universelles, soit particulières, lorsqu'il y a tradition réelle et possession publique par le donataire, l'exception de l'article 808 est absolue. Le don manuel, nous l'avons vu, est exempt de toutes formes quelconques. Il peut se faire verbalement, et partant il n'y avait pas raison d'en exiger l'enregistrement. Il acquiert une publicité suffisante par la tradition réelle et la possession publique du donataire, et les tiers pas plus que les héritiers du donateur ne peuvent se tromper sur l'étendue du patrimoine de ce dernier, car ces effets, dès l'instant de la donation, sortent de ce patrimoine publiquement et entrent dans le patrimoine du donataire.

Remarquons cependant que la possession du donataire ne doit pas être équivoque, puisque la loi exige qu'elle soit publique, c'est-à-dire apparente pour tout le monde ; cette possession doit donc être exclusive de la possession d'un autre. Ainsi, si le donateur et le donataire habitent le même appartement, si, par exemple, un mari donne, par contrat de mariage, des effets mobiliers à sa femme, même séparée d'avec lui de

biens, et que ces effets garnissent le domicile commun des époux, je crois qu'il faut décider en principe que la femme n'aura pas en ce cas possession publique, car on ne pourra, règle générale, distinguer son patrimoine de celui de son mari. Il en serait autrement, à mon avis, si les circonstances de l'espèce faisaient voir d'une manière claire et évidente que la femme est réellement le possesseur des effets qui garnissent *le* domicile commun. Ainsi, elle est propriétaire de la maison, ou le bail de cette maison est en son nom, et elle tient elle-même la maison. De telles circonstances affaibliraient la présomption qui résulte de l'article 175, lequel oblige le mari de recevoir sa femme et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie. Mais sauf ce cas exceptionnel, je crois qu'une telle donation ne peut pas être invoquée contre un créancier même chirographaire du mari, en l'absence d'enregistrement. Seul l'enregistrement de la donation rendra publique la possession que la femme prétend avoir de ces effets mobiliers. C'est ce que le juge Mathieu a jugé dans la cause de *McGarvey* v. *Sauvalle* (15 R. L., p. 462) (*a*).

Y a-t-il d'autres exceptions ? Textuellement le code n'en établit que deux et je crois qu'il faut admettre la nécessité de l'enregistrement dans tous les autres cas. Cependant, la règle générale de l'article 806 demande à être bien entendue. Il n'est question ici que des donations ; évidemment, si un contrat n'est donation que de nom, si, sous le couvert d'un acte à titre gratuit, on a réellement contracté à titre onéreux, il est clair que cette prétendue donation sera régie par les règles de publicité qui se rapportent aux contrats à titre onéreux. Deux espèces demandent un peu plus d'explications : 1° les donations onéreuses ; 2° les donations rémunératoires.

1° *Donations onéreuses.*—Une jurisprudence constante de nos tribunaux tient que si les charges appréciables en argent égalent la valeur des biens donnés, la donation n'est pas nulle faute d'enregistrement (*b*). En effet une telle donation constituerait une véritable vente, et comme la vente elle tom-

(*a*) Voy. les autorités citées par le savant juge.

(*b*) *Rochon* v. *Duchène*, Badgley, J. (3 L. C. J., p. 183) ;
Poirier v. *Lacroix*, Smith, J. (6 L. C. J., p. 302) ;
Leroux v. *Crevier*, Smith, J. (7 L. C. J., p 336) ;
Leclaire v. *Landry*, DeLorimier, J. (19 R. L., p. 343) ;
Wilson & *Lacoste*, cour d'appel (M. L. R., 6 Q. B., p. 316 ; 20 R. L., p. 285).

berait sous le coup des lois ordinaires d'enregistrement (a).

Mais que décider lorsque les charges n'égalent pas la valeur des biens donnés ? Pothier (t. 8, nº 89) dit que si le prix des charges est de beaucoup inférieur à celui de la chose donnée, la donation pourra être annulée faute d'insinuation, réservant au donataire son action pour se faire rembourser les charges qu'il aurait payées ; mais que si les charges égalent à peu près la valeur de l'héritage donné, ce n'est pas une donation, et par conséquent il n'est pas besoin d'insinuation. Ricard (t. 1er, nº 1101) tenait que, dans le cas où les charges étaient inférieures à la valeur donnée, la donation aurait son effet sans insinuation, à proportion de ce que la charge serait estimée, et le surplus demeurerait sans exécution, comme participant de la nature des donations pures et simples.

Dans la cause de *Leclaire* v. *Landry* (19. R. L., p. 342) jugée en 1890, le juge DeLorimier a posé le principe que pour que la donation onéreuse échappe à la formalité de l'enregistrement, il faut que les charges soient tellement considérables qu'elles rendent la donation équipollente à la vente, et il a annulé, faute d'enregistrement, une donation de biens, faite sous des charges estimées à la moitié de la valeur des biens donnés.

En 1891, la cour suprême a confirmé le jugement de la cour d'appel dans la cause de *Lacoste* & *Wilson* (20 *Supreme Court Repts*, p. 218 ; M. L. R., 6 Q. B., p. 316), jugeant que la nullité qui résulte, sous l'article 806, du défaut d'enregistrement, ne s'applique qu'aux donations gratuites. Dans l'espèce, il s'agissait d'une donation non enregistrée, qui avait été convertie en dation en paiement par un acte subséquent dûment enregistré, et le juge Taschereau de la cour suprême, après avoir dit que ces deux actes devaient être pris comme un seul et même acte, le tout constituant un acte de dation en paiement, a ajouté qu'on ne pouvait scinder cet acte de manière à lui appliquer la règle de droit étroit sur l'enregistrement des donations, même si, pour partie, il n'était que donation.

Je crois qu'au fond il importe de savoir s'il y a réellement donation ou acte à titre onéreux déguisé sous la forme d'une donation. Quand les charges égalent à peu près la valeur des biens donnés, l'acte constitue un véritable contrat à titre oné-

(a) C'est ce qu'on décidait dans l'ancien droit. Voy. Ricard, *Donations*, t. 1er, nº 1101 ; Pothier, *Introd. au tit. 15 de la cout. d'Orléans*, nº 46 (éd. Bugnet, t. 1er, p. 364) ; le même, *Donations*, éd. Bugnet, t. 8, nº 89, p. 381 ; Ancien Denisart, vº *Insinuation*, nº 20.

reux, une vente lorsque les charges consistent dans le paiement d'une somme de deniers. Donc, il ne requiert pas l'enregistrement pour sa validité. Au contraire, quand même la donation serait onéreuse, si la valeur de la chose donnée dépasse d'une manière considérable le prix des charges, je ne scinderais pas l'acte, et je déciderais qu'il est tout entier soumis à la formalité de l'enregistrement. Peut-on douter dans ce cas que l'acte ne soit une donation quand les parties l'ont ainsi qualifié (*a*) ?

Pour une raison analogue, je ne conclurais pas à la nullité, faute d'enregistrement, d'un acte dénommé vente, quand même la valeur du bien vendu excéderait considérablement le prix payé. Bien qu'il puisse y avoir libéralité pour le surplus—ce qui du reste sera presque toujours incertain, car le vendeur a pu avoir intérêt à se défaire de sa propriété à n'importe quel prix—l'acte devra être regardé, en l'absence d'une preuve non équivoque au contraire, comme une vente, puisqu'un prix a été payé et qu'une chose a été transmise en considération de ce prix. J'admets bien que tout dépend un peu du nom que les parties ont donné à leur acte, mais dans ces contrats de nature mixte, qui participent à la fois de la vente et de la donation, on ne peut, lorsqu'il n'existe pas une preuve formelle du contraire, en décider autrement sans scinder l'acte. Etant de principe que la donation doit être enregistrée à peine de nullité, et que la vente est valable sans enregistrement il est impossible de tenir compte du plus ou du moins lorsque le contrat est de nature mixte. On doit, au contraire, se demander quel acte les parties ont entendu faire et n'exiger l'enregistrement que s'il est patent qu'elles ont voulu faire une donation. Si on rejetait cette solution, il faudrait poser le principe que la donation ne serait sujette à enregistrement que lorsque la gratuité est absolue, ou bien que la vente devra être enregistrée lorsque le prix est inférieur à la valeur de la chose vendue, car l'avis de Ricard qui scindait l'acte, *supra*, p. 154, ne me paraît avoir été partagé par aucun autre auteur. La solution que j'adopte me semble écarter toute difficulté (*b*).

(*a*) L'arrêt de la cour suprême, dans la cause de *Lacoste & Wilson*, ne peut être invoqué contre cette décision, car il s'agissait là de deux actes lesquels, dans la pensée de la cour, constituaient une dation en paiement.

(*b*) Nous avons vu, *supra* 82, que la donation indirecte, qui résulte du fait qu'on aurait vendu une chose moins que sa valeur, n'est pas assujettie aux formes de la donation. Le principe est le même.

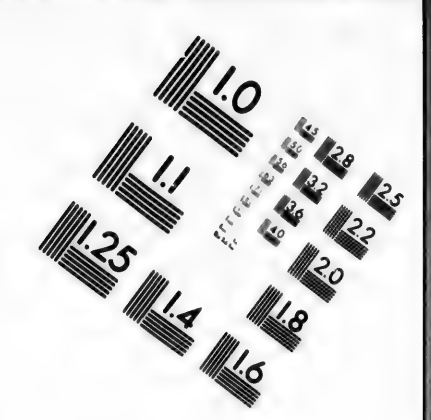
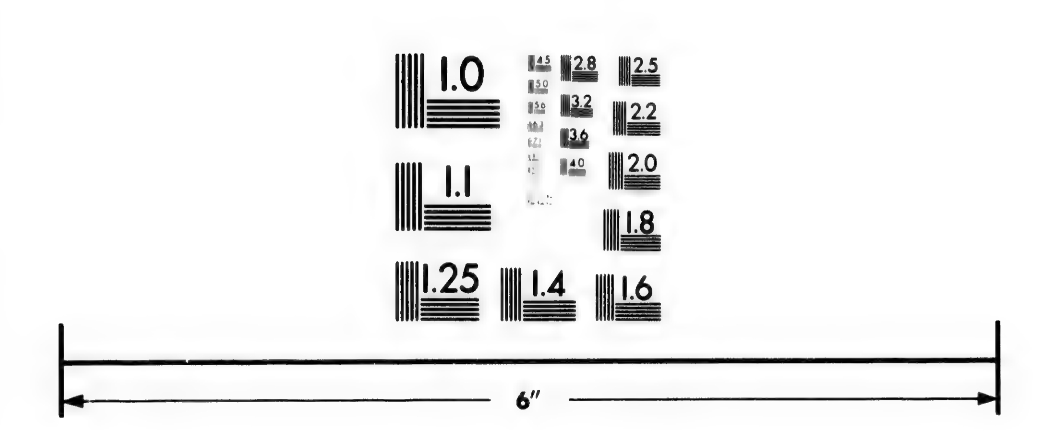


IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)




2.8
2.5
3.2
2.2
2.0
1.0

Je conclus donc : 1° que l'enregistrement ne sera pas requis lorsqu'un acte dénommé donation est réellement une vente, pour la raison que le prix des charges égalerait, ou guère s'en faut, la valeur donnée ; 2° que l'enregistrement sera au contraire essentiel s'il s'agit d'une donation déguisée sous la couleur d'une vente, car, nous l'avons vu, les formes de la donation s'imposent en ce cas (*a*) ; 3° que si l'acte est de nature mixte l'enregistrement sera ou non nécessaire, selon que les parties ont entendu faire une donation ou une vente, et l'on pourra trouver dans le nom qu'elles ont donné au contrat une preuve très souvent irréfutable de leur intention à cet égard.

2° *Donations rémunératoires.*—Bien que notre article 806, comme l'article 20 de l'ordonnance de 1731, la déclaration de 1549 et l'ordonnance de Moulins, porte expressément que les donations rémunératoires seront enregistrées, la jurisprudence française a toujours exempté de cette formalité les donations faites en récompense de services appréciables à prix d'argent, lorsque ces services égalaient ou à peu près la valeur donnée (*b*). En effet, nous nous trouvons alors en présence d'une dation en paiement qui équivaut à vente (art. 1592). Lorsque le prix des services est inférieur à la valeur de la chose donnée, on appliquera les mêmes distinctions que dans le cas de la donation onéreuse.

J'ai cité plusieurs arrêts au cours de ce paragraphe, je puis en signaler deux ou trois autres.

Dans la cause de *Marchessault* & *Durand* (M. L. R., 5 Q. B., p. 364), la cour d'appel, infirmant un jugement de la cour de revision (16 R. L., p. 193 ; 34 L. C. J., p. 205), a jugé que le don mutuel d'usufruit entre époux, par leur contrat de mariage, en faveur du survivant, n'est pas une simple convention matrimoniale mais une donation requérant l'enregistrement. La cour de revision a suivi cette décision dans la cause récente de *Pelletier* v. *Lapalme* (R. J. Q., 12 C. S., p. 97). (*c*).

Dans la cause de *McIntosh* v. *Reiplinger* (20 R. L., p. 131 ; M. L. R., 7 S. C., p. 456), le juge Davidson a décidé que la

(*a*) Voy. *supra*, p. 83.

(*b*) Pothier, *Donations*, éd. Bugnet, t. 8, n° 88, p. 380 ; Ricard, *Donations*, t. 1er, n° 1097.

(*c*) Le tome 3 de la *Revue de jurisprudence*, p. 250, rapporte un arrêt rendu par le juge Sicotte en 1876, dans une cause de *Franchère* v. *Boutillier*. Cet arrêt est dans le sens de la décision de la cour de revision dans la cause de *Marchessault* & *Durand*, et, partant, ne peut prévaloir contre l'arrêt de la cour d'appel en cette même cause.

donation de meubles meublants, faite dans un contrat de mariage par le futur époux à la future épouse, doit être enregistrée pour valoir à l'encontre des tiers, s'il n'y a pas eu tradition réelle et possession publique par le donataire.

Enfin, dans la cause de *Wilson* v. *Larin* (R. J. Q., 7 C. S., p. 229), le juge Mathieu a jugé que l'opposant qui demande la distraction de certains effets mobiliers d'une saisie pratiquée sur eux, pour le motif que ces effets lui ont été donnés par donation entre vifs, et qui n'allègue pas que la donation ait été enregistrée, ou qu'il ait eu tradition réelle et possession publique des effets donnés, sera débouté de son opposition sur réponse en droit.

§ IV.—*Dans quel délai l'enregistrement devra être effectué.*

Sous l'empire des anciennes ordonnances, notamment celle de 1549, art. 98, et celle de février 1566 (ordonnance de Moulins), art. 58, il était décrété que l'insinuation des donations se ferait dans quatre mois à compter de leur date, " pour le " regard des biens et personnes de ceux qui sont demeurants " dedans notre royaume, et dans six mois pour ceux qui sont " hors de notre royaume." Si le donateur décédait pendant ce délai, la donation pouvait être insinuée " dedans le dit temps, à compter du jour du contrat " (*a*).

Cependant on décidait, sous l'empire de ces ordonnances, que l'insinuation pouvait être faite après l'expiration du délai, pourvu que le donateur fût encore vivant ; mais cette insinuation tardive n'avait d'effet que du jour de sa date, tandis que l'insinuation effectuée pendant le délai prescrit était censée accomplie au même instant que le contrat et avait un effet rétroactif au jour qu'il avait été passé (*b*).

Telle fut la jurisprudence française jusqu'à la promulgation de l'ordonnance de 1731, dont l'article 26 consacre la même solution.

Notre code, comme du reste le droit statutaire dont il s'inspire sur ces questions d'enregistrement, a évité de fixer un délai pour l'enregistrement des donations (*c*). Il est vrai que

---

(*a*) Ricard, *Donations*, t. 1er, no 1254.

(*b*) Ricard, nos 1258, 1277.

(*c*) Le législateur a fixé un délai de six mois pour l'enregistrement des donations qui comportent substitution (art. 941), mais cette disposition ne saurait être étendue aux donations ordinaires.

l'article 2100 porte que le vendeur, le donateur ou l'échangiste d'un immeuble conserve tous ses droits et privilèges par l'enregistrement de l'acte d'aliénation dans les trente jours à compter de sa date, à l'encontre de toute personne dont le droit a été enregistré entre la date de tel acte d'aliénation et son enregistrement. Mais il ne s'agit ici que d'un concours entre le bailleur de fonds (*a*) et les tiers qui ont pu faire enregistrer des droits sur l'immeuble (*b*).

Nous n'avons donc dans notre code l'indication d'aucun délai pour l'enregistrement des donations. Il faut écarter les dispositions des vieilles ordonnances, car l'insinuation a été abrogée, ainsi que toutes les règles qui la régissaient (art. 804, 809). La même lacune se rencontre dans les divers statuts qui ont organisé notre système d'enregistrement de droits réels.

Le code Napoléon s'est également gardé de fixer un délai pour la transcription des donations, ce qui est plus logique dans ce code que dans le nôtre, car en France le défaut d'enregistrement n'affecte pas la validité de la donation ; on y décide que les héritiers du donateur ne peuvent opposer le défaut de transcription (*c*), et que la transcription peut intervenir en tout temps, même après la mort du donateur ou du donataire ; elle n'a du reste aucun effet rétroactif (*d*).

Dans ces circonstances, le code ainsi que nos statuts étant muets, et les dispositions de l'ancien droit sur l'insinuation ayant été abrogées, nous devons décider que l'enregistrement de la donation pourra toujours se faire tant que vivra le donateur, mais que—sauf l'application de l'article 2100 au cas du donateur seul—cet enregistrement ne prendra effet qu'à compter de sa date.

(*a*) La source de cet article, l'art. 9 du chapitre 37 des statuts refondus pour le Bas-Canada, ne nomme même pas le donateur; il n'y est question que du bailleur de fonds.

(*b*) Le donateur seul peut se prévaloir, comme bailleur de fonds, de la disposition de l'art. 2100. Ce délai ne regarde nullement le donataire. D'ailleurs l'acheteur d'un immeuble se trouve dans le même cas. L'enregistrement qu'il fait de l'acte de vente n'a d'effet qu'à compter de sa date, quand même il serait effectué dans les trente jours dont parle l'article 2100. C'est ce que la cour d'appel a jugé dans la cause de *Adam & Flanders* (25 L. C. J., p. 25 ; 3 L. N., p. 5).

(*c*) Tel est le sentiment de presque tous les auteurs. Voy. Demolombe, t. 20, nº 307.

(*d*) Voy. M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, t. 1er, nº 1367, et les autorités qu'il cite.

J'ai dit que l'enregistrement de la donation pourra se faire *tant que vivra le donateur*. Contrairement à ce qu'on décide en France, je ne crois pas que la donation puisse être valablement enregistrée après la mort du donateur. Je me base surtout sur deux dispositions qui n'existent pas dans le code Napoléon. Aux termes de l'alinéa 5 de l'article 777, il est dit que si, sans réserve d'usufruit ou de précaire, le donateur reste en possession sans réclamation jusqu'à son décès, la revendication peut avoir lieu contre l'héritier, *pourvu que l'acte ait été enregistré du vivant du donateur*. L'enregistrement après sa mort serait donc sans effet à l'égard de ses héritiers. Du reste l'article 806 porte expressément que le défaut d'enregistrement pourra être opposé par les héritiers du donateur et par ses légataires universels ou particuliers. C'est un droit qu'ils acquièrent dès l'instant qu'ils deviennent héritiers ou légataires, partant, du moment de la mort du donateur. Cette situation ne peut être changée et ce droit ne peut être enlevé aux héritiers ou légataires par le fait du donataire. Je puis ajouter que, quant aux tiers et aux héritiers du donateur, l'enregistrement prescrit à peine de nullité, est, sous notre code, comme l'insinuation autrefois, une condition de forme nécessaire pour que la donation soit valable (*a*). Partant, cet acte n'existe pas à l'égard de l'héritier et le vice radical qui l'infecte ne peut disparaître par suite de l'enregistrement subséquent d'un acte nul. Je crois donc que la donation non enregistrée durant la vie du donateur restera irrémédiablement nulle, sauf le cas, bien entendu, où les héritiers du donateur seraient garants de sa négligence d'enregistrer la donation (*b*).

Cependant, il est bien entendu que la faillite du donateur est un obstacle à l'enregistrement et qu'elle rend nul celui qui est fait dans les trente jours qui ont précédé cette faillite (art. 2090). Mais cette nullité ne peut être invoquée que par les tiers ; le donateur ou ses héritiers ne me paraissent pas avoir qualité pour s'en plaindre.

§ V.—*Où l'enregistrement doit-il se faire ?*

La réponse à cette question est facile. Le deuxième alinéa de l'article 804, en effet, porte que " les donations d'immeubles

(*a*) Comp. Demolombe, t. 20, nº 237.

(*b*) Voy. *supra*, p 96. A cause de l'abrogation des règles de l'insinuation, je n'ai pas voulu me prévaloir de la doctrine de l'ancien droit à cet

" doivent être enregistrées au bureau de leur situation ; celle " des choses mobilières doivent l'être au bureau du domicile du " donateur, à l'époque de la donation."

Donc, s'agit-il d'un immeuble : l'enregistrement se fera dans la circonscription où il se trouve :

S'agit-il d'un meuble : la donation sera enregistrée dans la circonscription où le donateur avait son domicile au moment de la donation.

§ VI—*Qui doit effectuer l'enregistrement ?*

Règle générale, l'enregistrement de la donation est à la diligence du donataire. En principe, le donateur—même lorsqu'il s'est engagé de l'effectuer—n'encourt aucune responsabilité par suite du défaut d'enregistrement. Cependant, comme le donataire peut n'être pas lui-même en état de requérir l'enregistrement, la loi oblige certaines personnes d'y veiller, sous peine de tous dommages qui peuvent résulter au donataire du défaut d'enregistrement. Ces principes sont énoncés en ces termes par l'article 810 :

810. " Le donateur n'est pas tenu des conséquences du " défaut d'enregistrement quoiqu'il se soit obligé à l'effectuer.

" La femme mariée, les mineurs et les interdits ne sont pas " restituables contre le défaut d'enregistrement de la donation, " sauf leur recours contre ceux qui ont négligé de la faire enre- " gistrer.

" Le mari, les tuteurs et administrateurs et autres qui sont " tenus de veiller à ce que l'enregistrement ait lieu, ne sont " pas recevables à en opposer le défaut."

Complétons cette disposition par celle de l'article 2113.

2113. " Tout mari majeur est tenu de faire enregistrer sans " délai, les hypothèques et charges dont ses immeubles sont " grevés en faveur de sa femme, sous les peines portées contre " les délits et à peine de tous dommages-intérêts."

Nous pouvons maintenant énumérer les personnes qui sont tenues d'effectuer l'enregistrement pour autrui.

I. Le mari à l'égard de sa femme.—La loi ne distinguant pas, il faut dans tous les cas conclure à l'obligation du mari

---

égard, mais je puis dire que l'on a toujours enseigné que l'insinuation ne pouvait se faire après la mort du donateur. En France, il est indifférent qu'on permette l'enregistrement après ce temps, car on y enseigne que les héritiers du donateur ne peuvent jamais en opposer le défaut.

d'effectuer l'enregistrement des donations faites en faveur de sa femme.

Mais le mari est-il tenu de faire enregistrer la donation quand il est lui-même le donateur ? Il a, par exemple, donné un immeuble à sa femme par son contrat de mariage : est-il obligé de faire enregistrer ce contrat ?

L'article 810 pose, il est vrai, le principe que le donateur n'est pas tenu des conséquences du défaut d'enregistrement, quoiqu'il se soit obligé à l'effectuer. Mais le législateur n'envisage pas ici le cas du mari donateur, car il ajoute que la femme mariée n'est pas restituable contre le défaut d'enregistrement de la donation, sauf son recours contre celui qui a négligé de la faire enregistrer. Il dit de plus que le mari, qui est tenu de veiller à ce que l'enregistrement ait lieu, n'est pas recevable à en opposer le défaut. D'ailleurs, l'article 2113 pose formellement le principe que tout mari majeur est tenu de faire enregistrer, sans délai, les hypothèques et charges dont ses immeubles sont grevés en faveur de sa femme, sous les peines portées contre les délits et à peine de tous dommages-intérêts. Je crois donc que le mari, même donateur, est tenu d'effectuer cet enregistrement, et cela quel que soit le régime matrimonial qui a été stipulé, communauté ou séparation de biens (*a*).

Il est vrai qu'on faisait, dans l'ancien droit, une distinction entre les deux régimes et qu'on enseignait que la femme séparée de corps, se trouvant à la tête de son patrimoine, n'avait pas de recours contre son mari pour le défaut d'insinuation des donations que ce dernier lui avait faites (*b*). Mais cette distinction ne peut être accueillie aujourd'hui, les règles de l'insinuation ayant été abrogées et les dispositions que j'ai citées ne comportant aucune distinction quelconque. C'est ce que la cour de revision, à Montréal, a jugé expressément dans la cause de *Pelletier* v. *Lapalme*, R. J. Q., 12 C. S., p. 97.

Ricard (*c*) enseignait également que le mari n'était pas tenu de veiller à l'enregistrement de la donation, lorsque la femme l'avait acceptée, sur son refus, avec l'autorisation judiciaire. Je crois que pour un motif analogue nous devons rejeter cette décision. Le code pose sans distinction le principe que le

(*a*) Comp. Demolombe, t. 20, nº 280.

(*b*) Ricard, *Donations*, t. 1er, nº 1243. Il n'était pas suivi en cela par son annotateur Bergier.

(*c*) *Loco citato supra.*

mari est tenu de veiller à l'enregistrement de la donation, et il est impossible de distinguer dans un cas comme dans l'autre (*a*).

II. Les tuteurs et administrateurs à l'égard de leurs pupilles. —Leur obligation d'effectuer l'enregistrement est écrite dans la loi (art. 810). Il ne saurait y avoir de difficulté quant aux tuteurs aux mineurs et aux curateurs aux interdits.

Mais que décider dans le cas du curateur au mineur émancipé ? Il me semble que ce curateur n'ayant pas l'administration des biens du mineur, mais l'assistant seulement dans les actes qui dépassent les bornes de l'administration que la loi lui laisse, ne devrait pas être tenu de veiller à l'enregistrement qui est un pur acte d'administration (*b*). L'article 810 parle des " tuteurs et administrateurs " et semble partant exclure les personnes qui n'ont point cette qualité.

On enseigne en France que le subrogé tuteur serait tenu de veiller à la transcription dans un cas spécial, c'est-à-dire lorsque le tuteur fait lui-même une donation à son pupille, car alors il prend la place du tuteur (*c*). Bien entendu que le tuteur lui-même, quoiqu'il soit donateur, sera obligé de faire enregistrer la donation.

L'article 810 oblige les administrateurs à veiller à l'enregistrement. Je crois qu'il s'agit des administrateurs d'une corporation. Ainsi, si une donation est faite à une fabrique ou à une banque, les membres de la fabrique, les directeurs de la banque sont tenus de la faire enregistrer.

Du reste, le mineur, l'interdit, la femme mariée, eux-mêmes, ou toute personne pour eux, peuvent requérir l'enregistrement de la donation qui leur est faite (art 2087), mais cette faculté n'affecte pas le devoir de ceux que la loi charge de veiller à l'enregistrement.

On enseigne en France que celui qui accepte une donation au nom d'un autre est tenu de la faire transcrire, malgré qu'il ne soit pas au nombre des personnes à qui la loi impose l'obligation de la transcription (*d*). Ainsi un ascendant accepte

(*a*) Comp. Demolombe, t. 20, nº 273.

(*b*) La question est controversée en France, mais la difficulté provient du fait que l'art. 940 C. N. mentionne expressément les curateurs. Voy. Demolombe, nº 276.

(*c*) Demolombe, nº 278.

(*d*) Demolombe, nºs 281 et 282.

sans y être tenu (art. 789) une donation offerte à son descendant ; cette acceptation lui impose le devoir de veiller à l'enregistrement de la donation, afin que le donataire n'en perde pas le bénéfice. Cette décision pourrait se justifier par le principe qu'énonce l'article 1043 relativement à la gestion d'affaires.

Enfin, remarque générale, la sanction de l'obligation d'effectuer l'enregistrement, c'est d'abord de priver la personne chargée de ce soin du droit d'opposer le défaut d'enregistrement (art. 810), et ensuite de la rendre responsable des dommages que le donataire peut en éprouver. Mais dans ce dernier cas l'impossibilité dans laquelle elle se serait trouvée de faire enregistrer la donation — soit par force majeure, soit par ignorance de la donation—serait une excuse valable (*a*).

§ VII.—*A qui et par qui le défaut d'enregistrement peut-il être opposé ?*

Le défaut d'enregistrement, nous l'avons vu, peut être opposé à toute personne, qu'elle soit ou non capable de contracter. Ainsi les mineurs, les interdits, les femmes mariées ne sont pas protégés contre cette cause de nullité (art. 810) (*b*). Il nous reste à faire voir par qui le défaut d'enregistrement peut être opposé et exceptionnellement quelles personnes ne sauraient s'en prévaloir.

I. Par qui le défaut d'enregistrement peut être opposé. — En principe, toute personne intéressée à la nullité de la donation peut opposer le défaut d'enregistrement. Ainsi l'article 806, après avoir dit que toutes donations entre vifs, mobilières et immobilières, même celles rémunératoires, doivent être enregistrées, ajoute : — " Le donateur personnellement " non plus que le donataire ou ses héritiers, ne sont pas " recevables à invoquer le défaut d'enregistrement ; ce défaut " peut être invoqué par ceux qui y ont droit en vertu des lois " générales d'enregistrement, par l'héritier du donateur, par " ses légataires universels ou particuliers, par ses créanciers " quoique non hypothécaires et même postérieurs et par tous " autres qui ont un intérêt à ce que la donation soit nulle."

Donc, le défaut d'enregistrement peut, en principe, être

(*a*) Demolombe, nº 284.

(*b*) Voy. aussi l'article 2086.

opposé par toute personne qui a un intérêt à ce que la donation soit nulle, et spécialement par :

1° *Les héritiers du donateur.*—Comme je l'ai dit plus haut on enseigne le contraire en France, mais ici nous avons un texte formel. Il en serait autrement si le donateur était tenu, par une disposition de la loi, de veiller à l'enregistrement de la donation, car alors ses héritiers, étant comme lui garants du défaut d'enregistrement, ne seraient pas reçus à se prévaloir de ce défaut.

2° *Les légataires universels, à titre universel ou particuliers du donateur.*—Sauf toutefois, l'exception de garantie s'il y échet, ce qui exigerait une stipulation formelle dans le cas du légataire particulier. Le légataire à titre universel n'est pas mentionné par notre article, mais il jouit du même droit que les autres.

3° *Les créanciers hypothécaires ou non, antérieurs ou postérieurs du donateur.*—Nous avons vu que la donation n'a d'effets à l'égard des tiers qu'à compter de son enregistrement. Tous les créanciers antérieurs ou postérieurs à cet enregistrement peuvent tenir la donation pour non avenue. Peu importe que la créance soit conditionnelle, l'accomplissement de la condition rétroagissant au jour même de la constitution de la créance (*a*).

4° *Tous ceux qui y ont droit en vertu des lois générales d'enregistrement.*—Ainsi le donateur vend à un tiers l'immeuble qu'il avait donné au donataire, la donation n'est pas enregistrée : elle sera nulle à l'égard de l'acheteur qui enregistre son titre avant le donataire. La même règle s'applique à un second donataire qui enregistre avant le premier (art. 2098). Le donataire universel ou à titre universel du même donateur peut également tenir la donation non enregistrée pour nulle, sauf le cas où il serait garant du défaut d'enregistrement.

Ajoutons que dans tous ces cas, le droit d'opposer le défaut d'enregistrement n'étant pas un droit exclusivement personnel, le créancier de celui qui pourrait l'opposer, pourra le faire à la place de celui-ci, lorsqu'il s'y refuse (art. 1031). Ajoutons que la connaissance que le tiers aurait eue de la donation non enregistrée ne l'empêcherait pas de se prévaloir de ce défaut (art. 2085).

(*a*) On décide en France, sous un texte qui diffère de celui de notre article, que le créancier chirographaire n'est admis à méconnaître la donation, qu'autant qu'il aura exercé une saisie contre la chose donnée ou contre ses fruits. Voy. Demolombe, n° 301. Le texte de notre article nous permet de conclure que la simple existence de la créance suffira.

Par qui le défaut d'enregistrement ne peut être opposé.—Exceptionnellement, ne peuvent se prévaloir du défaut d'enregistrement de la donation, malgré tout l'intérêt qu'ils puissent avoir à sa nullité :

1° *Le donateur.*—L'enregistrement n'est exigé que pour protéger les tiers ; entre les parties l'acte demeure toujours obligatoire, avec ou sans l'enregistrement. Et si ce donateur a, depuis la donation, disposé de la chose donnée en faveur d'un tiers dont l'action en revendication est maintenue à cause du défaut d'enregistrement de la donation, le donataire aurait une action en dommages-intérêts contre le donateur (*a*).

Demolombe (n°s 317 et 318) tire de ce principe deux conséquences importantes.

La première, c'est que le donataire peut, pour cette créance de dommages-intérêts, concourir avec les créanciers chirographaires du donateur, sans que ceux-ci puissent, pas plus que le donataire lui-même, lui opposer le défaut de transcription de la donation. En effet, cette créance de dommages-intérêts a pris naissance entre le donateur et le donataire indépendamment de toute transcription, et dénier au donataire ce droit de concours, serait lui dénier sa créance même et dégager envers lui le donateur. D'ailleurs, le donataire ne réclame pas le maintien de la donation, il exerce au contraire l'action en dommages-intérêts à laquelle la mauvaise foi et la fraude du donateur ont donné ouverture.

La seconde, c'est que si le donateur avait constitué une hypothèque conventionnelle en faveur du donataire pour la garantie de la donation, le donataire pourrait exercer son droit de préférence contre les autres créanciers et son droit de suite contre le tiers-détenteur, indépendamment de toute transcription.

Demolombe justifie cette solution par les mêmes motifs qu'il invoque en faveur de la première. Cependant, je crois qu'elle ne saurait être admise dans notre droit, et cela pour deux raisons qui me paraissent également péremptoires : 1° La donation non enregistrée étant nulle vis à vis des tiers, le donataire ne saurait invoquer contre ces tiers une hypothèque constituée par la donation et qui n'en est que l'accessoire ; 2° L'hypothèque elle-même—en supposant qu'on pourrait l'isoler de la donation dont elle n'est que la garantie—est absolument sans effet lorsqu'elle n'a pas été enregistrée (art.

(*a*) Demolombe, t. 20, n° 316.

2130). Je rejetterais donc la deuxième solution de Demolombe, tout en admettant la première qui me paraît s'appuyer sur des motifs inapplicables à la seconde.

Il y a du reste une autre conséquence à tirer du principe que le donateur qui a disposé de la chose qu'il avait donnée, doit des dommages-intérêts au donataire, indépendamment de l'enregistrement de la donation. C'est que son héritier, bien qu'il puisse en principe opposer le défaut d'enregistrement de la donation, ne saurait s'en autoriser pour échapper au paiement de ces dommages. En effet, comme le donateur lui-même, il doit garantie au donataire qui se trouve évincé par le fait du donateur, et la dette des dommages-intérêts est devenue sa propre dette.

2° *Le donataire.*—Il ne peut invoquer le défaut d'enregistrement de la donation pour se libérer des charges qu'il a assumées par son acceptation, et cela pour les mêmes raisons que dans le cas du donateur, et en outre parce que le défaut d'enregistrement est son propre fait, puisque c'est surtout lui qui doit y voir.

3° *Les héritiers du donataire.*—La principale raison pour laquelle la loi refuse aux héritiers du donataire ce qu'elle accorde aux héritiers du donateur, c'est celle que je viens d'indiquer, savoir, que le défaut d'enregistrement est le fait de leur auteur. D'ailleurs, l'obligation du donataire est devenue leur propre obligation.

4° *Ceux qui sont tenus de veiller à ce que l'enregistrement ait lieu.*—Ainsi, le mari est tenu de faire enregistrer la donation faite à sa femme, le tuteur celle dont on a gratifié son pupille : ni l'un ni l'autre ne pourra donc conclure à la nullité de la donation faute d'enregistrement, et la même règle s'appliquera à ses héritiers.

Le juge Sicotte dans la cause de *Franchère* v. *Boutillier* (3 R. de J., p. 256) a jugé que les héritiers du mari ne peuvent opposer à la femme le défaut d'enregistrement du contrat de mariage.

Dans la cause de *Pelletier* v. *Lapalme* (R. J. Q., 1 C. S., p. 97), la cour de revision, à Montréal, a jugé : 1° que les héritiers du donateur tenu, par une disposition de la loi, à effectuer l'enregistrement d'une donation par lui faite, ne peuvent opposer au donataire le défaut d'enregistrement de la donation ; qu'ainsi le mari donateur, étant tenu de faire enregistrer le contrat de mariage avec sa femme portant donation à cette dernière, ses héritiers ne peuvent se prévaloir du fait

que le contrat de mariage n'a pas été enregistré, car, comme héritiers du mari, ils sont garants envers la femme des conséquences du défaut d'enregistrement; 2° que le mari majeur, quel que soit le régime entre lui et sa femme, communauté ou séparation de biens, est tenu de faire enregistrer les hypothèques et charges dont ses immeubles sont grevés en faveur de sa femme.

§ VIII.—*Des effets de l'enregistrement ou de son défaut.*

Il est question des effets de l'enregistrement ou de son défaut dans l'article 805 qui est en ces termes :

805. " Les effets de l'enregistrement des donations entre " vifs et du défaut de cet enregistrement, quant aux immeu- " bles et aux droits réels, sont réglés par les lois générales sur " l'enregistrement des droits réels.

" En outre l'enregistrement des donations est requis parti- " culièrement dans l'intérêt des héritiers et légataires du " donateur, de ses créanciers et de tous autres intéressés, " d'après les règles qui vont suivre " (*a*).

I. Effets de l'enregistrement.—Quant aux effets de l'enregistrement, on peut dire, puisqu'à défaut d'enregistrement la donation ne peut être opposée à certains intéressés, que l'accomplissement de cette formalité rendra la donation opposable à tout le monde. Cependant, comme je l'ai dit, à l'égard de ces intéressés, la donation ne sera censée exister que du moment même de l'enregistrement

L'enregistrement ne rétroagit donc pas, quant à ces personnes, au jour de la donation. Partant, celui qui a acquis des droits sur le bien donné, soit comme acquéreur, soit comme créancier hypothécaire ou même chirographaire, entre le jour de la donation et celui de son enregistrement, exercera ces droits nonobstant la donation. Au contraire, du moment que l'enregistrement a été effectué, le donateur ne peut engager la chose donnée, même à l'égard des tiers, et les droits de ceux-ci étant subséquents à l'enregistrement de la donation, sont non avenus à l'égard du donataire (*b*).

(*a*) Ces règles ont été expliquées plus haut.

(*b*) On enseigne même en France que la transcription rétroagit au jour de la donation, relativement aux personnes qui n'avaient pas encore, lorsqu'elle a été faite, un intérêt ouvert à en méconnaître l'existence. Demolombe, t. 20, n° 332.

II. Effets du défaut d'enregistrement.—Il faut distinguer ici entre ceux qui peuvent se prévaloir du défaut d'enregistrement et ceux qui ne le peuvent pas.

Quant aux premiers, la loi ne prononce pas formellement la nullité de la donation (*a*), mais elle dit implicitement que cette donation non enregistrée sera sans effet quant à eux, puisqu'elle leur permet d'invoquer le défaut d'enregistrement. Pratiquement donc c'est, à leur égard, tout comme si la donation n'existait pas.

Mais, dans un cas spécial, il peut y avoir intérêt à se demander si le donataire sous une donation non enregistrée peut invoquer contre le tiers (par exemple, l'héritier du donateur) qui revendique l'immeuble, la prescription de dix ans avec bonne foi et titre ?

La négative s'impose. La donation non enregistrée est non avenue à l'égard de tous ceux qui ont le droit de se prévaloir du défaut d'enregistrement. Donc, elle ne peut produire aucun effet à l'égard de ces personnes, ni servir de base à une prescription qui pourrait leur être opposée. D'ailleurs, la bonne foi n'existe qu'autant que le possesseur possède en vertu d'un titre dont il ignore les vices (art. 412). Comment le donataire a-t-il pu ignorer la nécessité de l'enregistrement pour la perfection de son titre ? Dès le moment de la donation, il savait que cet acte devait être enregistré et ne produirait des effets à l'égard des personnes qui avaient intérêt à sa nullité que du moment de son enregistrement. Donc, on ne peut dire qu'il soit de bonne foi et partant il ne peut prescrire que par trente ans (*b*).

Quant au donateur, au donataire et à ses héritiers, et généralement quant à ceux qui ne peuvent pas se prévaloir du défaut d'enregistrement, il est évident que la validité de la donation n'est pas affectée par le défaut d'accomplissement de cette formalité. A leur égard la donation restera toujours valide (*c*). En principe, cependant, le donateur ne sera pas

(*a*) L'ordonnance de 1731, art. 20, portait, au contraire, que les donations seraient " insinuées suivant la disposition des ordonnances, à peine " de nullité."

(*b*) L'enregistrement est, je l'ai dit, une question qui tient à la forme des donations. Or, une donation informe ne peut servir de base à la prescription de dix ans. Voy. MM. Aubry et Rau, t. 2, § 218, p. 378.

(*c*) C'est ce que la cour de revision a jugé dans la cause de *Morin* v. *Langlois* (30 L. C. J., p. 272), décidant que la donation de biens mobiliers, faite en un contrat de mariage, par le mari à sa femme, est valable

responsable de la perte que le donataire peut souffrir par suite de sa négligence de faire enregistrer la donation, et cela même lorsque le donateur—non tenu autrement à veiller à l'enregistrement—s'est obligé de l'effectuer (art. 810, al. 1). Il en répondrait exceptionnellement si l'éviction provenait d'un droit qu'il a consenti subséquemment à la donation, et il devrait dans tous les cas rembourser le donataire qui se trouve avoir désintéressé un de ses créanciers.

SECTION V.—DE LA RÉVOCATION DES DONATIONS.

Le principe qui domine la donation entre vifs, nous l'avons vu, c'est l'irrévocabilité de la libéralité. Le donateur ayant donné ne peut plus se réserver la faculté de révoquer à sa volonté la donation qu'il a faite. Donner et retenir ne vaut ! Donc, est nulle la donation que le donateur a stipulée révocable *ex mero arbitrio*. D'un autre côté, le donateur peut se réserver le droit de révoquer la donation pour des causes qui ne dépendent pas de sa seule volonté, car alors il n'est pas maître de rendre sa libéralité inefficace. Tous ces principes ont été expliqués plus haut.

Il s'agit encore ici de l'application de ces règles. La donation peut être stipulée révocable, dit l'article 782, sous des conditions qui ne dépendent pas uniquement de la volonté du donateur. Le législateur nous indique ici deux causes de révocation qui ne dépendent pas uniquement de la volonté du donateur, et dont la première n'a pas besoin d'être stipulée et la seconde, au contraire, doit l'être. Il mentionne en outre une troisième cause qu'il indique à tort comme étant une cause de révocation, alors qu'elle n'est qu'une cause de nullité de la donation : c'est d'ailleurs une cause de nullité qui a lieu de droit et sans stipulation.

Les auteurs du code Napoléon indiquent ces dispositions comme étant " des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs." Cette rubrique est défectueuse, car loin de consacrer des exceptions à la règle de l'irrévocabilité, le législateur ne fait que mieux préciser l'étendue et la portée de cette règle. La rubrique de notre code ne prête pas à cette critique.

---

entre les parties, sans la formalité de l'enregistrement, et que la donation ne peut être affectée que pour les droits acquis par des tiers au moment où telle donation est faite et enregistrée.

§ I.—*Dans quels cas les donations peuvent être révoquées.*

L'article 811 pose la règle suivante :

811. " Les donations entre vifs acceptées sont sujettes à " révocation :

" 1° Pour cause d'ingratitude de la part du donataire ;

" 2° Par l'effet de la condition résolutoire dans les cas où " elle peut être validement stipulée ;

" 3° Pour les autres causes de droit qui peuvent faire annu- " ler les contrats, à moins d'une exception particulière appli- " cable " (*a*).

Cet article se sert d'une expression inexacte, lorsqu'il dit que la donation est sujette à révocation " pour les autres causes de droit qui peuvent faire annuler les contrats." Ce n'est pas là, à proprement parler, je l'ai dit, une cause de révocation de la libéralité ; c'est une cause de nullité du contrat lui-même, et qui est régie comme telle par les principes qui règlent la rescision des contrats, notamment pour cause de lésion, d'erreur, de violence ou de dol. Aussi, n'en sera-t-il pas question ici, ces causes de rescision devant être étudiées au titre *Des obligations.*

J'ai expliqué plus haut, en parlant du retour conventionnel, la seconde cause de révocation, les effets de la condition résolutoire, lorsqu'elle peut être validement stipulée. Ici il est spécialement question de la révocation de la donation pour inexécution des charges par le donataire.

Il y avait jusqu'au code une troisième cause qui amenait de droit la révocation d'une donation : la survenance d'enfants au donateur. Elle était fondée sur une présomption que le donateur, qui n'avait ni enfants ni descendants au moment de la donation, n'a fait cette donation qu'à cause de la persuasion où il était qu'il n'aurait pas d'enfants ; que s'il eût prévu en avoir, il n'aurait pas fait la libéralité ; d'où la conséquence que la donation était censée contenir en soi une cause tacite et

(*a*) Cet article ne peut guère se comparer à l'article 953 du code Napoléon qui indique trois causes de révocation ; dont deux, l'inexécution des charges imposées au donataire et la survenance d'enfants au donateur, existent de plein droit en France, comme du reste elles pouvaient sans stipulation expresse être invoquées dans notre ancien droit. Notre code a innové en n'admettant ces causes de révocation que lorsque le donateur les a expressément stipulées. L'ingratitude du donataire est une cause de révocation ici comme en France.

implicite de révocation en cas de survenance d'enfants (*a*).

Les auteurs du code Napoléon avaient proposé un article qui portait que " la survenance d'enfants n'opérera plus la révoca-" tion des donations, mais seulement leur réduction à la quotité " disponible." Ils se rangeaient à l'avis de Vinnius qui pensait qu'il n'y avait rien de plus absurde, que de suspendre indéfiniment sur la tête du donataire et des tiers une semblable cause de révocation. Cette innovation fut cependant rejetée par l'assemblée générale du conseil d'Etat qui déclara adopter le droit établi par l'ordonnance de 1731 (*b*).

Nos codificateurs disent que la règle de l'ancien droit " ne " pouvait être justifiée tout au plus que sur le même principe " que les réserves coutumières dont elle adoptait la rigueur." Aussi ont-ils proposé de l'abroger pour l'avenir, et, plus heureux que les auteurs du code Napoléon, ils ont réussi à faire adopter leur proposition par la législature. L'article 812, qui est indiquée comme étant de droit nouveau, énonce la nouvelle règle en ces termes :

812. " Dans les donations la survenance d'enfants au dona-" teur ne forme une condition résolutoire que moyennant la " stipulation qui en est faite."

Donc, si le donateur qui n'a pas d'enfant au moment de la donation veut parer à cette éventualité, il n'a qu'à exprimer d'une manière formelle sa volonté de subordonner sa libéralité à la survenance d'enfants. Sa volonté sera respectée, et le donataire ainsi que les tiers qui traiteront avec lui ne pourront pas se plaindre d'une résolution de la donation qu'ils ont acceptée d'avance. La condition résolutoire résultant de la survenance d'enfants au donateur ne dépendant pas de la volonté de ce dernier, étant, au contraire, une condition purement casuelle, la disposition de l'article 812 n'était nécessaire que pour écarter la condition résolutoire tacite que l'on admettait dans l'ancien droit.

A cause de l'abrogation de la règle du vieux droit, je ne tenterai pas de rendre compte de l'interprétation que cette règle recevait autrefois et qu'on lui donne aujourd'hui en France. Je puis cependant noter deux arrêts de notre jurisprudence.

Dans la cause de *Sirois* v. *Michaud* (2 L. C. R., p. 177), jugée avant le code, les juges Duval & Meredith ont décidé

(*a*) Pothier, *Donations*, sec. 3, art. 2, éd. Bugnet, t. 8, nº 146, p. 399.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 524.

qu'une donation à titre onéreux, dont les charges égalent la valeur de l'immeuble donné, ne peut être annulée pour cause de survenance d'enfant, car, dans ce cas, elle équipolle à vente.

Dans la cause de *Symes & Cuvillier* (5 App. Cas., p. 138), le conseil privé a jugé, confirmant un arrêt de la cour d'appel (1 L. N., p. 302), qu'une donation faite avant le code par une nièce à deux de ses tantes d'une rente annuelle, " pour " partie de leurs frais de toilette et autres petits besoins per- " sonnels," le capital devant être payé, après la mort des donataires, à leurs filles, le tout ne s'élevant qu'à une centième partie de la fortune de la donatrice, n'était pas révoquée par la survenance subséquente d'enfants à la donatrice, étant à présumer que cette dernière aurait fait cette donation minime quand même elle aurait prévu avoir des enfants. Le conseil privé a également décidé que l'article 39 de l'ordonnance de 1731, qui annulait ces donations quelle que fût leur valeur, n'avait jamais eu force de loi en ce pays, faute d'enregistrement.

Nous n'aurons donc à nous occcuper, dans cette section, que de deux causes de révocation des donations : l'ingratitude du donataire et l'inexécution par lui des charges qui lui ont été imposées. Je donnerai quelques explications sur chacune de ces causes de révocation.

§ II.—*De la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude du donataire.*

I. Nature et origine de l'action révocatoire pour cause d'ingratitude du donataire.—Cette cause de révocation, nous l'avons vu, existe de droit sans aucune stipulation. La donation étant fondée sur une considération de bienfaisance et d'amitié pour le donataire, il répugnerait de laisser ce donataire en possession des biens donnés, alors qu'il se serait rendu coupable, à l'égard du donateur, de l'ingratitude la plus noire.

Fondée sur des conditions toutes morales, l'action révocatoire qui naît de l'ingratitude du donataire était admise dans le droit romain pour cinq causes spécifiées par la loi 10 du code Justinien. Notre ancienne jurisprudence, loin de repousser cette action, augmenta même le nombre des causes qui lui donnaient ouverture.

Il importe cependant de se demander quelle est la nature de cette cause de révocation telle qu'admise par notre droit. Elle

a un double caractère. Elle est d'abord tout à fait *externe*, en ce sens qu'elle est due entièrement à la loi, et non à la convention des parties, n'étant pas à présumer, disait Ricard (*a*), que les parties qui s'entretenaient par des bienfaits, prévissent en même temps l'accident d'une action aussi noire Ensuite, elle est pénale, car la loi a voulu punir le donataire ingrat en décrétant qu'il serait privé, après coup, du bénéfice d'une donation qui avait été, dans son principe, pure et simple et incommutable. Il y a là plutôt une déchéance qu'une révocation (*b*).

De là résultent deux conséquences capitales :

1° La révocation pour cause d'ingratitude n'est pas fondée sur une condition résolutoire tacite ; donc le titre du donataire n'est pas anéanti rétroactivement, et les aliénations et les droits qu'il a consentis avant la révocation restent valables (*c*) ;

2° La révocation étant une punition infligée au donataire. les dispositions législatives qui la régissent doivent recevoir l'interprétation restrictive (*d*)

Il y a des points de ressemblance et de différence entre l'exclusion d'une succession pour cause d'indignité et la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude. Toutes deux ont un caractère pénal, mais les causes d'indignité ne sont pas les mêmes que les causes de révocation pour ingratitude, leurs effets ne sont pas non plus les mêmes, et il y a des différences entre les deux recours quant à la qualité des personnes qui peuvent les exercer et à la durée de l'action. Ces différences seront indiquées plus en détail *infra*.

II. Dans quels cas l'ingratitude du donataire entraînera-t-elle la révocation de la donation ?—L'article 813 pose trois cas de révocation pour cause d'ingratitude, lesquels doivent être regardés comme exclusifs de tous autres, la matière étant pénale et l'interprétation restrictive étant de rigueur. Voici d'ailleurs le texte de cet article.

813. " La donation peut être révoquée pour cause d'ingra-
" titude, sans qu'il soit besoin de stipulation à cet effet :

1° " Si le donataire a attenté à la vie du donateur ;

(*a*) *Donation*, 3e partie, nos 664, 665, t. 1er, p. 602.

(*b*) Demolombe, t. 20, n° 617.

(*c*) C'est ce que notre article 815 décrète expressément.

(*d*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 510.

2° "S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits " majeurs ou injures graves ;

3° " S'il lui refuse des aliments, ayant égard à la nature de " la donation et aux circonstances des parties.

" Les donations par contrat de mariage sont sujettes à cette " révocation, ainsi que celles rémunératoires ou onéreuses jus- " qu'à concurrence de ce qu'elles excèdent le prix des services " ou des charges " (*a*).

La loi 10 *cod. de revoc. donat.* indiquait comme suit cinq causes d'ingratitude : " *Ita ut injurias atroces in eum effundat, vel manus impias inferat, vel jacturæ molem ex insidiis suis ingerat quæ non levem sensum substantiæ donatoris imponat, vel vitæ periculum aliquod ei intulerit, vel quasdam conventiones sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit.*" (*b*).

Donc la donation, d'après le droit romain, pouvait être révoquée : 1° Si le donataire avait proféré contre le donateur des injures atroces ; 2° s'il avait porté sur lui des mains impies ; 3° s'il causait la ruine de sa fortune ; 4° s'il avait mis sa vie en péril ; 5° s'il avait refusé de se conformer aux conditions écrites ou non de la donation.

Au dire de Pothier (*Donations*, éd. B gnet, t. 8, nos 188 et suiv.), l'ancienne jurisprudence reconnaissait d'autres causes, qui étaient laissées à l'arbitrage du juge, et notamment les quatorze causes d'exhérédation du code Justinien (*c*). On enseignait également que la révocation pouvait avoir lieu si le donataire avait refusé des aliments au donateur.

Dans notre droit, la donation ne peut être révoquée que dans les trois cas suivants :

1° *Si le donataire a attenté à la vie du donateur.*—Il n'est pas nécessaire, comme dans le cas de l'indignité (art. 610), que le donataire ait été " *convaincu* d'avoir donné ou tenté de donner la mort " au donateur ; même sans qu'il y ait eu procès

(*a*) Sauf le dernier alinéa, et sauf aussi la discrétion accordée au tribunal en cas de refus d'aliments—mais ce point ne paraît pas être contesté en France—notre article est au même effet que l'article 955 du code Napoléon. En France, les donations par contrat de mariage ne sont pas sujettes à la révocation (art. 959 C. N.).

(*b*) On trouvera cette loi dans *Les douze livres du code* de Tissot, t. 3, p. 472.

(*c*) Pothier énumère ces causes dans son *Traité des successions*, ch. 1er, sec. 2, art. 4, § 1er, quest. 1ère, éd. Bugnet, t. 8, p. 25.

au criminel, le donataire peut, sur preuve suffisante, être privé du bénéfice de la donation. Mais l'intention *homicide* est essentielle ; si le donataire a donné la mort au donateur par maladresse ou par imprudence ou sous l'empire de la démence, on enseigne qu'il n'y aurait pas lieu à révocation (*a*).

J'ai dit ailleurs que l'héritier serait indigne s'il avait été trouvé coupable de *meurtre involontaire*, c'est-à-dire quand on donne la mort dans un excès de colère causé par une provocation soudaine (*b*). En France, il y a alors ce qu'on appelle *meurtre excusable* (art. 321-326 code pénal) (*c*). Il n'est aucun doute que dans ce cas il y aura lieu à révocation de la donation (*d*). On décide également en France que le duel pourrait constituer une cause légale de révocation.

2° *Si le donataire s'est rendu coupable envers le donateur de sévices, délits majeurs (e) ou injures graves.*—La définition des *sévices* et *injures graves* que j'ai donnée en expliquant l'article 189 (*f*), peut servir à caractériser les sévices et injures que le législateur envisage ici.

Les *sévices* sont des actes de cruauté ou de méchanceté qui rendent la vie insupportable, sans la compromettre, tels que les voies de fait, les mauvais traitements. C'est ce que le législateur romain exprimait en disant : *si manus impias inferat.* Pothier (*Donations*, éd. Bugnet, t. 8, n° 183) indique, comme exemple, des coups de bâton, un soufflet, un coup de poing, que le donataire aurait donné au donateur, " à moins que ce ne fût en se revanchant." Il est également coupable d'ingratitude s'il commet ces sévices par l'entremise d'un autre.

Les *injures graves* sont les propos, les actes ou les écrits par

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 513.

En France, la cour de cassation a jugé qu'un simple défaut de soins et d'assistance de la part d'une femme envers son mari, ne constitue pas un attentat à la vie de ce dernier, encore bien que le demandeur le qualifiât, en offrant la preuve à l'appui, d'homicide par imprudence. Arrêt du 1er décembre 1885, Sirey, 1886. 1. 100 ; Dalloz, 1886. 1. 222.

(*b*) Voy. mon tome 3, p. 281.

(*c*) Il ne faut pas confondre ce meurtre excusable avec l'*homicide non coupable* ou *excusable* dont parlent les articles 40 et suivants de notre code criminel et qui n'est pas un crime. Nous appelons *meurtre involontaire* ce qu'on nomme *homicide excusable* en France.

(*d*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, t. 1er, n° 1601.

(*e*) Le qualificatif *majeur* manque dans l'article 955 du code Napoléon, mais on enseigne que le délit doit être *grave*.

(*f*) Voy. mon tome 2, p. 8.

lesquels le donataire attente à l'honneur ou à la considération du donateur : *si injurias atroces in eum effundat.* Pothier (nº 181) dit que pour que l'injure soit *atroce,* il ne faut pas qu'elle soit vague, mais qu'elle contienne des faits circonstanciés. Il admet (nº 182) en pratique la révocation, bien qu'avec quelque répugnance, même lorsque le fait imputé au donateur est vrai (*a*). Demolombe (*loc cit.*) ne distingue pas entre l'injure secrète et celle qui est divulguée. En effet, notre article n'exige pas la divulgation de l'injure (*b*).

Remarquons au surplus qu'on doit tenir compte de la position sociale et des relations des parties dans l'appréciation de la gravité de l'injure.

On admet généralement en France que l'injure à la mémoire du donateur décédé, ne serait pas une cause de révocation de la donation (*c*). Pothier, cependant, enseignait la doctrine contraire (*d*), et notre article 893 admet cette révocation en matière de legs. Cependant je ne crois pas qu'on puisse ici argumenter d'analogie, l'interprétation restrictive étant de rigueur. D'ailleurs, ce qui détermine la doctrine en France et qui, à mon avis, doit déterminer notre décision, c'est que l'action révocatoire n'appartient aux héritiers du donateur qu'autant qu'elle leur a été *transmise* ou que le donateur est décédé dans l'année du délit (art. 814).

Il ne nous reste qu'à préciser le sens du mot *délit majeur* dont se sert l'article 813.

Demolombe (nº 631) dit que le délit est tout acte ou fait réprimé par la loi, c'est-à-dire soit par le code pénal ou par des lois spéciales, et qu'il faut comprendre, sous ce terme générique, non seulement les crimes et délits contre la personne, mais les crimes et délits contre la propriété ou les biens. Le qualificatif *majeur* démontre que le délit doit être grave. La pensée des codificateurs ressort peut-être mieux de la version anglaise de l'article 813, laquelle traduit l'expression " *délits graves,*" par le mot *crimes,* et cela à une époque où le droit criminel distinguait encore le *crime* du *délit* (*misdomeanor*). Dans tous les cas, il est évident que la gravité du délit est

(*a*) *Sic* Demolombe, t. 20, nº 656.

(*b*) Pothier (nº 182), à cause du mot *effundat,* dont Justinien s'était servi, exigeait que le donataire eût rendu l'injure publique.

(*c*) Demolombe, nº 639 ; M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments,* t. 1er, nº 1606.

(*d*) Introd. au tit. 15 de la cout. d'Orléans, nº 118.

essentielle. Commentant les mots : *vel jacturæ molem ex insidiis suis ingerat, quæ non levem sensum substantiæ donatoris imponat*, Pothier (nº 184) donne, comme exemples, le cas où le donataire causerait la ruine du donateur en tout ou pour la plus grande partie, comme si, par les bruits qu'il a semés, il a fait perdre le crédit du donateur qui était un marchand et par là ruiné sa fortune ; ou le cas où il l'aurait fait révoquer d'un emploi dont il subsistait.

Il importe peu que les sévices, le délit ou les injures aient été faits par un mineur, du moment qu'il a agi avec discernement, ou par une femme mariée sans l'autorisation de son mari (*a*). On enseigne également que les injures, délits ou mauvais traitements à l'adresse du conjoint ou des enfants du donateur, du vivant de ce dernier, peuvent, lorsqu'ils sont considérables, donner lieu à la révocation (*b*).

Ajoutons enfin, avec Pothier (*loc. cit.*, nº 116), que la réconciliation intervenue depuis l'offense, opérerait une fin de non recevoir contre l'action.

3º *Si le donataire a refusé des aliments au donateur, ayant égard à la nature de la donation et aux circonstances des parties.*—Il résulte de là que le donataire doit des aliments au donateur, même alors que, n'étant la donation, ce dernier ne pût lui en réclamer de droit commun. Cette dette résultant de la donation, on décide que le donataire peut s'en faire décharger en abandonnant les biens donnés, à moins toutefois qu'il n'eût contracté l'obligation alimentaire par une stipulation de la donation (*c*).

Bien entendu, le besoin du donateur doit exister et il doit y avoir *demande* de sa part, car la révocation n'est autorisée qu'au cas de *refus*. Ajoutons, puisqu'on doit avoir égard aux circonstances des parties, que le donataire doit être en état de fournir au donateur les aliments que celui-ci lui demande.

On enseigne généralement en France qu'on ne peut forcer le donataire de servir au donateur une pension alimentaire supérieure aux revenus des biens donnés, et qu'à tout événement, si le donataire a fourni au donateur des aliments jusqu'à concurrence de la pleine valeur qu'il en a reçue, il ne lui devra

(*a*) Demolombe, nºˢ 628, 629.

(*b*) Pothier, Introd. au titre 15 de la coutume d'Orléans, nº 110 Demolombe, nº 634.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations*, nº 1609.

plus rien de ce chef (*a*). La discrétion que notre article laisse au juge lui permettra d'adopter la solution qui lui paraîtra la plus équitable. En cette matière d'aliments les circonstances ont une importance souveraine. Notamment, il semblerait que si le donateur a des parents ou alliés en état de lui fournir une pension alimentaire, il devrait tout d'abord s'adresser à eux avant de la demander au donataire. Les auteurs adoptent en général cette solution (*b*).

Nous n'avons que deux arrêts à citer sur ces questions :

Dans la cause de *Dean & Drew* (32 L. C. J., p. 310), la cour d'appel a jugé que lorsqu'une donation est faite à la condition que le donataire contribuera au soutien du donateur et que le donataire ne remplit pas cette condition, la cour pourra révoquer la donation, surtout si le donataire a maltraité le donateur et lui a témoigné de l'ingratitude.

Dans la cause de *Cournoyer* v. *Cournoyer* (R. J. Q., 5 C. S., p. 312), le juge Ouimet a jugé que l'action en révocation pour cause d'ingratitude a pour objet principal la vengeance d'une injure et que l'intérêt pécuniaire n'y est qu'accessoire. Il a annulé une donation faite par un père et une mère à leur fils sur la preuve que ce dernier avait assailli son père en l'étreignant au collet, le renversant par terre et le menaçant, lui et sa mère, de leur casser ou tordre le cou, et que, en présence de plusieurs membres de leur famille, il avait traité son père de *cochon* et sa mère de *vieille truie*. Avouons que cet arrêt ne peut guère souffrir de difficulté.

III. Quelles donations peuvent être révoquées pour cause d'ingratitude ?—Cette question ne donne lieu à aucune difficulté. Toutes les donations peuvent être révoquées pour cette cause, même celles faites par contrat de mariage, ainsi que les donations rémunératoires ou onéreuses, jusqu'à concurrence des services ou des charges. C'est ce que décrète le dernier alinéa de l'article 813.

En France, les donations en faveur de mariage échappent à cette révocation (art. 959 C. N.). On a tenté de justifier cette disposition en disant que ces donations ne s'adressent pas seulement à l'époux donateur, mais qu'elles sont faites en vue de

(*a*) Demolombe n° 649 ; M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, n° 1612.

(*b*) Demolombe n° 647. Voy. toutefois le dissentiment de M. Baudry-Lacantinerie, *Donations*, n° 1613.

son conjoint et des enfants qui naîtront du mariage. Ce motif cependant n'explique pas le maintien d'une donation faite par l'époux à son conjoint, et précisément la plupart des auteurs, appliquant l'adage *cessante ratione legis, cessat ipsa lex*, se refusent à donner effet à l'article 959 C. N. dans ce cas. Dans notre droit, cette exception étant écartée, la règle demeure invariable. Ce n'est que lorsque la donation par contrat de mariage serait faite nommément aux deux époux—et encore faudrait-il examiner les termes de la disposition, la nature de la donation et se demander quel est l'intérêt de chaque époux (*a*)—que l'ingratitude de l'un pourrait ne pas affecter les droits de l'autre.

IV. Comment procède-t-on pour obtenir la révocation pour cause d'ingratitude ? — Délai dans lequel doit être intentée l'action. — La révocation pour cause d'ingratitude de la donation n'a jamais lieu de plein droit ; on doit la demander par voie d'action. Il en résulte :

1° Que cette révocation est *facultative*, c'est-à-dire qu'elle doit être demandée et ne peut l'être que par certaines personnes ;

2° Qu'elle est *judiciaire*, en ce sens qu'elle est prononcée par la justice après examen du fait sous le double rapport de son imputabilité et de sa gravité (*b*).

Ce recours du reste n'est ouvert que pendant un délai très court qui ne saurait être étendu. En effet, le premier alinéa de l'article 814 porte que " la demande en révocation pour " cause d'ingratitude doit être formée dans l'année du délit " imputé au donataire, ou dans l'année à compter du jour où " ce délit a pu être connu du donateur (*c*)."

Dans l'ancien droit il y avait controverse sur l'étendue de ce délai. Les uns le portaient à trente ans, les autres à dix ans, enfin une troisième opinion donnait à l'action en révocation la même durée qu'à l'action à raison du crime, du délit ou de l'injure qui lui donnait ouverture (*d*). Notre code a adopté la règle de l'article 957 du code Napoléon.

(*a*) Voy. mon explication de l'article 717, en mon tome 3, pp. 529 et suiv.

(*b*) Demolombe, t. 20, n° 659.

(*c*) Le premier alinéa de l'article 957 du code Napoléon est au même effet.

(*d*) Demolombe, n° 660. Voy. aussi Pothier, *Donations*, éd. Bugnet, t. 8, n° 206.

La déchéance que décrète l'article 814 est fondée sur une présomption de pardon, présomption *juris et de jure* qui s'impose lorsque le donateur a gardé silence plus d'un an après le le délit, ou à compter du jour qu'il a pu en avoir connaissance. On ne peut donc combattre cette présomption de pardon, quand elle est établie, par une preuve contraire.

On enseigne que si l'action est intentée plus d'un an après le délit qu'elle invoque, le donateur devra justifier par tous les moyens en son pouvoir *qu'il n'en a pas eu connaissance*. Le donataire peut combattre cette preuve en faisant voir que le donateur *a pu en avoir connaissance*. Et à son tour le donateur peut en contre-preuve démontrer *qu'il n'a pas pu en avoir connaissance* à raison des circonstances particulières où il se trouvait (*a*).

Mais le délai de l'article 814 constitue-t-il une prescription à laquelle on doive appliquer les causes de suspension ou d'interruption qui sont applicables à la prescription en général et qui ne courrait pas entre époux (art. 2233) ?

La question est controversée en France (*b*).

Cependant je crois que nous devons adopter la solution négative. Les termes de notre article ne me paraissent laisser place à aucun doute raisonnable ; ils établissent une véritable déchéance (*c*).

Je crois également que l'impossibilité physique de demander la révocation de la donation pour l'ingratitude du donataire, et même l'interdiction du donateur, ne seraient pas une cause de suspension du délai de l'article 814, si le donateur a pu connaître le délit. On ne peut s'autoriser de la maxime : *contra non valentem agere nulla currit prescriptio*, puisque ce délai ne constitue pas une prescription (*d*).

(*a*) Demolombe, nº 664. Consultez, dans une matière analogue, la décision de la cour de revision dans la cause de *Barthe* v. *Guertin* (R. J. Q., 1 C. S., p. 96). Il s'agissait du délai que la loi accorde pour intenter l'action paulienne.

(*b*) Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 957 C. N., nºs 12 et suiv.

(*c*) Voy. notamment le raisonnement de Demolombe, t. 20, nºs 666 et suiv.

(*d*) Voy. Demolombe, nºs 668, 669. Le même auteur (nº 673) enseigne cependant que si l'époux donateur a intenté dans l'année une action en séparation de corps contre l'époux donataire, l'action en révocation sera conservée, même sans conclusions spéciales à la révocation de la donation. En effet, dit-il, la demande en séparation de corps renferme implicitement la demande à fin de révocation de la donation. Il cite, à l'appui,

Il est clair que la réconciliation du donataire et du donateur ou le pardon de ce dernier, indépendamment de la déchéance décrétée par l'article 814, serait une fin de non-recevoir contre la demande pour révocation de la donation.

V. Par qui et contre qui l'action en révocation pour cause d'ingratitude peut-elle être intentée ?—Le deuxième alinéa de l'article 814 énonce en ces termes une règle qui ne peut donner lieu à aucune difficulté sérieuse :

" Cette révocation ne peut être demandée par le donateur " contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du " donateur contre le donataire ou ses héritiers, à moins que " l'action n'ait été intentée par le donateur contre le donataire " lui-même, ou, dans le second cas, que le donateur ne soit " décédé dans l'année qui a suivi la commission ou la connais- " sance du délit " (*a*).

Il résulte de cette disposition :

1° Que l'action peut être intentée par le donateur ;

2° Qu'elle ne peut l'être par les héritiers du donateur, à moins que le donateur ne soit décédé dans l'année du délit ou de la connaissance qu'il en a eue. Cependant, l'action du donateur peut toujours être continuée par ses héritiers.

Il en résulte encore :

1° Que le donateur peut intenter l'action révocatoire contre le donataire mais non pas contre les héritiers de ce dernier. Il importe peu que le donataire soit décédé dans l'année du délit ; l'action ayant un caractère pénal ne peut être portée que contre l'auteur du délit. Le donateur continue, contre les

---

des autorités de l'ancien droit. Il est évident que le maintien de la demande en séparation de corps entraînera la révocation de la donation (art. 211). Voy. toutefois mon explication de cet article, t. 2, p. 49 et suiv.

(*a*) Cette disposition est plus complète que l'alinéa correspondant de l'article 957 du code Napoléon, en ce qu'elle porte expressément que le donateur pourra continuer, contre les héritiers du donataire décédé, l'action qu'il avait intentée contre ce dernier. Cette solution a été enseignée en France, mais les termes de l'article 957 ont donné lieu à une controverse très sérieuse, à tel point que nous trouvons Demolombe (n° 679) parmi les dissidents.

Sur un autre point, notre article a évité une controverse du droit français moderne en mettant comme point de départ de l'année pendant laquelle les héritiers du donateur décédé peuvent intenter l'action, soit la commission, soit *la connaissance* du délit. C'est la solution qu'adoptent la plupart des auteurs. Voy. Demolombe, n° 683.

héritiers du donataire, l'action déjà intentée contre le donataire lui-même, en vertu de la règle du droit romain : *actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ in judicio, salvæ permanent.*

2° Que les héritiers du donateur ne peuvent intenter l'action —quand le donateur est décédé dans le délai de l'article 814— que contre le donataire lui-même. Ils peuvent continuer, contre le donataire ou ses héritiers, l'action qui a été déjà intentée contre le donataire par le donateur lui-même.

Quand ces conditions ne se rencontrent pas, l'action révocatoire ne peut être exercée. En effet, elle a pour but la vengeance d'une injure, *vindictam spirans ;* l'intérêt pécuniaire n'y est qu'accessoire. Elle est donc *exclusivement* attachée aux personnes de ceux que la loi énumère. Il s'ensuit que leurs créanciers ne peuvent l'exercer à leur place (art. 1031).

Par " *héritiers,*" il faut comprendre les héritiers du sang et les successeurs à titre universel, tels que les donataires et légataires universels et les successeurs irréguliers (*a*). Il y a toutefois controverse sur ce point. Voy. une solution analogue en mon tome 2, p. 83.

On enseigne cependant en France que les héritiers du mari ne sont pas admissibles à prouver, dans le but de demander la révocation d'une libéralité faite à la femme, que celle-ci s'est rendue coupable d'adultère, mais on admet que les héritiers de la femme peuvent invoquer comme cause d'ingratitude l'adultère du mari (*b*).

Le donateur peut-il céder l'action révocatoire qui lui est ouverte par suite de l'ingratitude du donataire ? Demolombe (n° 694) lui reconnaît ce droit, mais la cession, croit-il, ne le priverait pas du droit d'éteindre l'action en pardonnant l'offense, sauf à indemniser son cessionnaire.

VI. Des effets de la révocation de la donation pour cause d'ingratitude.—J'ai posé plus haut le principe que la révocation de la donation pour cause d'ingratitude du donataire n'est pas fondée sur une condition résolutoire tacite, et j'en ai tiré la conséquence que la donation n'est pas anéantie rétroactivement et que les aliénations et droits que le donataire a consentis, en faveur des tiers de bonne foi, avant la révocation, ne sont pas

(*a*) Demolombe, n° 690.

(*b*) Sirey et Gilbert sur l'art. 957 C. N., n°s 2 et suiv. Voy. notamment Demolombe, n°s 688, 689, qui cite des auteurs de l'ancien droit.

affectés par elle. En un mot, la donation est révoquée, pour me servir du langage des anciens jurisconsultes, *non ex causâ antiquâ et necessariâ, sed ex causâ novâ.* Nous trouvons l'énonciation de ce principe dans l'article 815 qui est en ces termes :

815. " La révocation pour cause d'ingratitude ne préjudicie " ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothè- " ques et autres charges par lui imposées, antérieurement à " l'enregistrement de la sentence de révocation, lorsque l'ac- " quéreur ou le créancier a agi de bonne foi.

" Dans le cas de révocation pour cause d'ingratitude, le " donataire est condamné à restituer la chose donnée s'il en " est encore en possession, avec les fruits à compter de la " demande en justice ; si le donataire a aliéné la chose depuis " la demande en justice, il est condamné à en rendre la valeur " eu égard au temps de la demande (*a*)."

Pour déterminer donc les effets de la révocation, il faut les envisager sous un double point de vue :

1° D'abord à l'égard des tiers ;

2° Ensuite à l'égard du donataire lui-même.

1° *Effets de la révocation à l'égard des tiers.*—Nous avons vu que si le tiers est de bonne foi, la révocation s'opérera sans effet rétroactif et le droit consenti par le donataire avant l'enregistrement de la sentence de révocation sera respecté. Cette conséquence n'est pas douteuse du moment qu'il est constant que nous ne sommes pas ici en présence d'une condition résolutoire. Il en est autrement dans ce dernier cas, par exemple lorsque le donateur a stipulé la résolution de la donation pour cause d'inexécution des charges, ce qui amène l'application de la règle *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Mais il faut que le tiers ait été de bonne foi. S'il connaissait, lors du contrat, la demande en révocation, il a traité

(*a*) Cet article diffère de l'article 958 du code Napoléon en ce que ce dernier article respecte les charges et aliénations consenties antérieurement " à l'inscription qui aura été faite de l'extrait de la *demande* en révocation," tandis que notre article reconnaît la validité des droits imposés antérieurement à l'enregistrement de la *sentence* de révocation. En cela, l'art. 958 du code Napoléon reproduit fidèlement la doctrine de Pothier, *Donations*, sec. 3, art. 3, § 4, éd. Bugnet, t. 8, nº 201, et de Ricard, nº 715. Ajoutons que notre article exige de plus que l'acquéreur ou le créancier ait agi de bonne foi, condition qu'en l'absence de fraude ou de simulation, on ne paraît pas requérir en France. Voy. Demolombe, nº 701. Quant au deuxième alinéa de notre article, nous verrons qu'il diffère essentiellement de l'alinéa correspondant de l'art. 958.

avec le donataire à ses risques et périls. Quant au contrat intervenu avant la demande, mais en connaissance de la cause de révocation, il me semble qu'on devrait prouver que le tiers a contracté en vue de frauder le donateur, car ce dernier pouvait ne pas demander la révocation de la donation (*a*).

Du reste, il importe peu que le contrat ait été gratuit ou à titre onéreux ; la loi ne distingue pas (*b*).

Mais du moment de l'enregistrement de la sentence de révocation, le bien donné est frappé d'indisponibité ou plutôt passe du patrimoine du donataire en celui du donateur, et la bonne foi du tiers ne le protégera pas. Cet enregistrement devra se faire conformément à l'article 2101, c'est-à-dire dans les trente jours de la prononciation de la sentence.

Lorsque la révocation de la donation est prononcée contre une femme mariée, le mari perd-il les droits de jouissance de ces biens qui lui appartenaient d'après ses conventions matrimoniales ? Je crois qu'il faut distinguer. Ces biens ont-ils été donnés à la femme avant le mariage ou par contrat de mariage : le mari est alors un tiers et la révocation ne préjudiciera pas à ses droits acquis ; s'ils n'ont été donnés que depuis le mariage, le mari n'ayant pu compter sur ces biens au moment de son mariage, son droit de jouissance ne durera que tant que la femme elle-même conservera ses biens (*c*).

La révocation de la donation s'applique aux meubles comme aux immeubles. Dans le cas des immeubles, l'enregistrement de la sentence protégera les tiers en même temps que le donateur ; s'il s'agit de meubles, il ne pourra être question d'enregistrement, car les dispositions spéciales qui requièrent l'enregistrement des donations mobilières ne peuvent être étendues à la révocation de ces donations. Comment le donateur se protégera-t-il contre les aliénations dans ce cas et quels seront ses droits contre les tiers acquéreurs de ces meubles ?

Je crois qu'à partir de la sentence de résolution, le donataire n'étant plus propriétaire, ne pourra accorder aucun droit sur les meubles opposable au donateur, sauf les dispositions de l'article 2268 (*d*). Avant, si le tiers est de bonne foi, il sera

(*a*) Comp. Ricard, *Donations*, t. 1er, no 715.

(*b*) Demolombe, no 702.

(*c*) Voy. Demolombe, no 703 *bis*.

(*d*) On pourra appliquer dans ce cas le principe consacré par l'arrêt de la cour d'appel dans la cause de *Filiatrault & Goldie* (R. J. Q., 2 B. R., p. 368).

protégé comme s'il s'agissait d'un immeuble. Le donateur pourra pour sauver ses droits exercer, en même temps que sa demande, des mesures conservatoires, telles que la saisie conservatoire ou la saisie-arrêt avant jugement dans les mains de tiers (*a*).

2° *Effets de la révocation à l'égard du donataire.*—Rappelons les termes de l'article 815 que j'ai cité plus haut. Cet article précise ainsi qu'il suit les effets de la révocation à l'égard du donataire :

815. " Dans le cas de révocation pour cause d'ingratitude, " le donataire est condamné à restituer la chose donnée s'il en " est encore en possession, avec les fruits à compter de la " demande en justice ; si le donataire a aliéné la chose depuis " la demande en justice, il est condamné à en rendre la valeur " eu égard au temps de la demande."

Comparons immédiatement cette disposition avec la disposition correspondante de l'article 958 du code Napoléon.

" Dans le cas de révocation, le donataire sera condamné à " restituer la valeur des objets donnés, eu égard au temps de " la demande, et les fruits, à compter du jour de cette de- " mande."

Il y avait controverse sur cette question dans l'ancien droit.

Une première opinion, qui était celle de Ricard (*Donations*, t. 1er, n° 717) et de Pothier (*Donations*, éd. Bugnet, n° 202), soutenait—d'après la loi 7 au code, *De revocandis donationibus* : " *Quidquid is ex titulo donationis tenet, eo die cogatur* " *reddere*"—que le donataire n'était tenu de restituer que ce qu'il détenait encore des choses données. On disait que la révocation n'est que l'accessoire de l'action d'ingratitude, que cette action ne requiert directement que la vengeance de l'injure, et que la révocation de la chose donnée ne fait partie qu'accessoirement de la peine qu'a méritée l'ingratitude. Le donataire ne doit pas conserver le gage d'une amitié dont il s'est rendu indigne, mais si, avant la demande, il s'était dépossédé de la chose donnée, il ne retient plus ce gage et l'effet de la révocation cesse absolument.

D'un autre côté, Dumoulin, Auroux, Furgole (*b*) et Guyot (Répertoire, v° *Révocation de donations*, t. 15, pp. 701 à 704) enseignaient que le donataire était obligé de rendre la valeur

(*a*) Voy. Demolombe, n° 704.

(*b*) Voy. les références données par Demolombe, n° 706.

des biens qu'il avait aliénés. La loi, disaient-ils, considère les biens comme l'objet de la révocation, et non pas la vengeance de l'injure qui est la condition qui donne naissance à l'action. Pourquoi se montrer si subtil lorsqu'il s'agit de punir un ingrat, et est-il raisonnable de décider que le donataire qui a aliéné la chose donnée aura médiatement le bénéfice de la donation ?

La simple comparaison du texte de notre article avec celui de l'article 958 du code Napoléon fait voir : 1° que le code français a adopté la seconde opinion ; 2° que notre code, au contraire, à accueilli la première. Je ne puis m'empêcher de penser que la solution consacrée par le code Napoléon est plus conforme aux principes juridiques que celui qu'admet notre code.

Ainsi, si le donataire est en possession de la chose lors de l'institution de l'action révocatoire, le donateur reprendra cette chose dans l'état où elle se trouve, en supposant que le donataire ne l'aliène pas avant l'enregistrement de la sentence, ce que la loi ne lui défend pas absolument de faire, puisque l'aliénation faite avant cet enregistrement, en faveur d'un tiers de bonne foi, n'est pas affectée par la révocation. Peu importe que le donataire l'ait détériorée par sa faute ; puisqu'il aurait pu l'aliéner et en garder le prix, le donateur ne peut le rechercher pour une perte partielle qui lui serait imputable.

Mais le donateur a droit de rentrer en possession de la chose donnée dans l'état où elle se trouvait lors de la demande. Il est vrai que notre article n'énonce pas ce principe expressément, mais puisque, lorsqu'il y a eu aliénation de la chose depuis l'institution de l'action, le donataire doit être condamné à en rendre la valeur, eu égard au temps de la demande, puisque surtout il doit restituer les fruits de la chose perçus depuis la demande en justice, il est clair qu'on doit se placer à cette époque pour apprécier les droits du donateur.

Donc, entre le donateur et le donataire, les effets de la révocation pour cause d'ingratitude sont :—

1° Le donateur reprend la chose donnée, dans l'état où elle se trouve au moment de l'institution de l'action révocatoire, si, lors de l'enregistrement de la sentence, le donataire n'en a pas encore disposé en faveur d'un tiers de bonne foi ;

2° Il a droit au prix de la chose quand le donataire l'a aliénée depuis la demande en justice, eu égard à sa valeur lors de l'institution de cette demande ;

3° Le donataire est tenu de lui restituer les fruits de la chose du jour de la demande, et de lui tenir compte des détériorations qu'il a fait subir à l'immeuble à partir de cette date ;

4° Le donataire ne lui doit rien lorsqu'il a aliéné la chose avant la demande (sauf bien entendu le cas de fraude), et cela sans distinguer s'il a encore entre les mains le prix de la chose. Mais lorsque la chose n'a été qu'hypothéquée—que ce soit avant ou depuis la demande—le donateur a droit de reprendre la chose, sauf à supporter l'hypothèque si le créancier hypothécaire était de bonne foi. Dans ce cas, s'il paie la dette hypothécaire, il aura payé la dette du donataire et aura, partant, un recours contre ce dernier (*a*).

Pothier (*Donations*, éd. Bugnet, t. 8, n° 202) décidait que si, au lieu de vendre la chose, le donataire l'a échangée contre une autre chose, le donateur peut réclamer cette dernière chose, l'échange produisant, disait-il, une subrogation.

Ricard (*Donations*, t. 1er, nos 718, 719), enseignait au contraire que la subrogation n'étant pas réelle, mais seulement fictive, on ne saurait substituer la chose reçue en échange à celle échangée.

Il me semble que du moment qu'on ne reconnaît pas au donateur le droit au prix de la chose aliénée avant la demande en révocation, quand même le donataire aurait encore ce prix entre les mains, il serait plus logique d'en décider de même de la chose reçue en échange. Cependant, le refus de la loi de permettre au donateur de réclamer ce prix étant lui-même illogique et d'une subtilité assez peu juridique, il serait peut-être admissible de restreindre autant que possible le principe que nous sommes forcés d'accueillir. Là dessus, j'hésite à formuler une opinion absolue, tout en avouant que j'incline vers le doctrine de Ricard.

Pothier (nos 203, 204), qui sur ces questions s'exprime avec encore plus de réserve que d'ordinaire, semble admettre la revendication :

1° Quand la donation a eu pour objet une somme d'argent et que le donataire possède une augmentation dans ses biens ;

2° Quand on a donné un fonds de commerce lequel, malgré que les marchandises qui le composent se renouvellent journellement, reste toujours le même fonds.

Aucune de ces solutions ne me semble souffrir de difficulté

(*a*) Comp. Ricard, *Donations*, t. 1er, n° 720.

et je crois qu'on pourrait enseigner la première même sans la restriction que Pothier y apporte.

Il résulte de tout ceci que l'effet pratique de la révocation entre le donateur et le donataire, c'est que la donation n'est pas résolue rétroactivement du jour où elle a été faite, comme on le décide en France, sous un système qui diffère essentiellement du nôtre (*a*), mais qu'elle n'est anéantie que du jour de la demande. Donc, pas plus à l'égard du donataire que quant aux tiers, la révocation n'est la conséquence d'une condition résolutoire tacite.

§ III.—*De la révocation d'une donation pour cause d'inexécution des charges.*

Il s'agit ici d'une véritable condition résolutoire qui anéantit la donation du jour même de sa confection, de telle sorte que, lorsque la condition est accomplie, la donation est censée n'avoir jamais existé. Avant la codification, comme aujourd'hui en France, cette condition était tacite, on la sous-entendait dans la donation comme dans la vente. Il en résultait de grands inconvénients pour les tiers et une instabilité dans les titres de propriété ; les codificateurs donc, dans le cas de la vente comme de la donation, ont proposé de ne permettre cette résolution que lorsque la condition résolutoire avait été stipulée d'une manière expresse (*b*), et cette modification a été accueillie par la législature. Donc la condition résolutoire pour cause d'inexécution des charges doit toujours être exprimée, elle ne se sous-entend jamais.

C'est ce que porte l'article 816—qui est de droit nouveau—en ces termes :

" La révocation des donations n'a lieu pour cause d'in-
" exécution des obligations contractées par le donataire comme
" charge ou autrement, que si cette révocation est stipulée en
" l'acte, et elle est réglée à tous égards comme la résolution de
" la vente faute de paiement du prix, sans qu'il soit besoin de
" condamnation préliminaire contre le donataire pour l'accom-
" plissement de ses obligations.

" Les autres conditions résolutoires stipulées, lorsqu'elles
" peuvent l'être légalement, ont effet dans les donations
" comme dans les autres contrats."

(*a*) Comp. Demolombe, n° 707.

(*b*) Comp. l'art. 1536 au titre *De la vente.*

Puisque la révocation de la donation pour cause d'inexécution des obligations contractées par le donataire, est réglée à tous égards comme la résolution de la vente faute de paiement du prix, sans qu'il soit besoin de condamnation préliminaire contre le donataire pour l'accomplissement de ses obligations, il me suffira de poser ces règles brièvement, sauf à les expliquer plus en détail au titre *De la vente*.

Disons d'abord que cette résolution tombe sous le coup des dispositions qui régissent le droit de réméré, énoncées aux articles 1547, 1548, 1549, 1550 et 1552, et spécialement qu'elle ne peut, en aucun cas, être exercée après l'expiration de dix ans à compter du temps de la donation (art. 1537).

Le jugement de résolution est prononcé immédiatement, sans accorder aucun délai ultérieur pour l'accomplissement des charges ; néanmoins, le donataire peut en tout temps, avant jugement, en payant les frais de l'action révocatoire, s'acquitter des charges avec l'intérêt accru et éviter ainsi la résolution (art. 1538).

Le donateur, cependant, ne peut rentrer en possession de la chose, avant d'avoir remboursé au donataire ce que ce dernier lui a payé sur les charges, avec les frais de toutes les réparations nécessaires et des améliorations qui ont augmenté la valeur de la chose et jusqu'à concurrence de cette valeur. Si ces améliorations sont de nature à être enlevées, le donateur a le choix de les laisser enlever par le donataire (art. 1539).

Le donataire de son côté doit restituer la chose avec les fruits et revenus qu'il en a perçus, ou telle partie de ces fruits ou revenus qui correspond à la partie des charges qui restent due. Il est aussi tenu envers le vendeur de toutes les détériorations de la chose survenues par sa faute (art. 1540).

Le donateur ne peut exiger l'exécution des charges, lorsqu'il a porté sa demande en résolution de la donation, mais il n'est pas empêché de demander la résolution par le fait qu'il aurait intenté une action en justice ou autre procédure judiciaire pour obtenir l'exécution des charges (art. 1541, 1542).

Ces principes régissent la résolution des donations immobilières. Quant aux donations de meubles, la revendication de ces meubles ne peut être demandée qu'autant qu'ils sont en la possession du donataire et qu'ils soient encore entiers et dans le même état (art. 1543, 1999). Le droit des tiers de bonne foi ne peut être affecté par la résolution.

L'effet général de la résolution de la donation pour inexécution des charges, c'est que—sauf le cas des meubles—le dona-

teur reprend la chose libre de toutes charges ou aliénations qui ont pu être consenties par le donataire. Ainsi, il peut la revendiquer entre les mains de tout acquéreur, soit que le titre de ce tiers énonce la condition résolutoire stipulée en la donation, soit qu'il n'en parle pas (art. 1552), sauf au tiers à éviter la résolution en offrant d'exécuter lui-même les charges.

Il est à peu près inutile de citer des arrêts qui ont prononcé la révocation d'une donation pour cause d'inexécution des charges, car tout se règle, depuis le code civil, par la convention. Je puis dire, toutefois, que dans une ancienne cause de *Lagacé* v. *Courberon* (2 R. de L., p. 209), on a décidé que lorsque le donataire s'est mis dans l'impossibilité d'exécuter une condition de la donation, la révocation peut en être prononcée. De plus, dans une cause de *Pearce* v. *Gibbon* (6 R. L., p. 649), feu le juge T. J. J. Loranger a jugé que le donataire d'un immeuble, qui est poursuivi par le donateur en résiliation de la donation, pour défaut d'accomplissement des charges imposées, doit dans cette instance réclamer le prix des améliorations qu'il prétend avoir le droit de réclamer, et son défaut de ce faire soulève une présomption légale qu'il n'y a point d'améliorations dont il aurait pu réclamer le prix, ou qu'il a abandonné son droit de les réclamer.

SECTION VI.—DES DONATIONS PAR CONTRAT DE MARIAGE, TANT DE BIENS PRÉSENTS QU'À CAUSE DE MORT.

Généralités.

Nous avons vu à plusieurs reprises que le législateur se départit de la rigueur des règles qu'il pose et des prohibitions qu'il formule, lorsqu'il s'agit de donations par contrat de mariage. C'est ainsi que les donations entre vifs à cause de mort, prohibées dans les cas ordinaires, sont permises en un contrat de mariage (art. 757, 758, 778); que le mineur, incapable de donner en principe, peut cependant disposer à titre gratuit par contrat de mariage (art. 763, 1006, 1267); que les donations entre concubinaires ou par un concubin à ses enfants adultérins ou incestueux, limitées à des aliments dans les cas ordinaires, ne subissent plus aucune limite quand elles sont faites par contrat de mariage intervenu entre les concubinaires (art. 768); que l'on peut donner par contrat de mariage et sans substitution aux enfants à naître du mariage, ce qui serait impossible dans une donation entre vifs ordinaire (art. 772);

que la démission de biens à cause de mort est prohibée dans les cas ordinaires et permise en un contrat de mariage (art. 781); que la condition simplement potestative de la part du donateur, ou la stipulation que ce dernier pourra reprendre à sa volonté la chose donnée, rend la donation entre vifs nulle, mais n'affecte pas la donation faite en un contrat de mariage (art. 782, 783); que la stipulation que le donataire payera des dettes à venir du donateur non déterminées à l'acte, est une cause de nullité dans toute donation, sauf celle faite par contrat de mariage (art. 784); que l'acceptation requise dans tous les autres cas, se présume en un contrat de mariage à l'égard des époux et des enfants à naître (art. 788); que, bien qu'en principe les donations doivent être enregistrées, il n'en est pas de même de celles faites en ligne directe par contrat de mariage, quant à ce qui excède les effets des lois générales d'enregistrement (art. 807).

C'est la faveur du mariage qui a fait admettre ces nombreuses exceptions, dont l'une au moins, la faculté de donner sans substitution aux enfants à naître, partant, à une personne qui n'existe pas, blesse tous les principes juridiques. En effet, le mariage est l'une des bases de l'ordre social, et pour le favoriser, le législateur n'a pas craint de déroger aux règles les plus fondamentales de ce titre; même la vieille maxime, *donner et retenir ne vaut*, perd sa force en présence de donations par contrat de mariage. Mais le code veut que ces donations soient faites par le contrat de mariage même; une donation entre vifs, faite par un autre acte, bien que son but soit de favoriser le mariage, tomberait sous le coup des règles ordinaires. Toutefois, du moment qu'on a disposé par contrat de mariage, on n'exige pas que la donation soit faite aux époux ou aux enfants à naître du mariage; pourvu que les uns ou les autres soient avantagés par le même donateur, des donations, même à cause de mort, peuvent être faites à certains tiers sous des conditions que je préciserai plus loin.

Après avoir posé ces exceptions, il fallait leur donner plus de développement dans une section à part, et c'est ce que le code fait ici. Cette section est donc, en quelque sorte, une exception à celles qui précèdent, ou plutôt c'est une matière spéciale qui, tout en étant régie par des dispositions particulières, tombe sous le coup des règles générales des donations dans tous les cas où ces dispositions particulières ne s'appli-

quent pas (*a*). C'est, du reste, ce que porte l'article 817 en ces termes :

817. " Les règles concernant les donations entre vifs s'ap- " pliquent à celles faites par contrat de mariage, sous les modi- " fications apportées par des dispositions spéciales."

Ce sont ces modifications que nous allons étudier maintenant. Mais pour l'intelligence de cette matière, il importe tout d'abord de préciser les donations qui peuvent être faites par contrat de mariage. On peut les envisager, soit quant aux personnes qui peuvent donner ou recevoir, soit à l'égard des choses qui peuvent faire l'objet de ces donations.

Quant aux personnes qui peuvent donner ou recevoir, on peut distinguer trois sortes de donations :—

1° Celles que des tiers, parents on non des époux, font à ces derniers ou aux enfants à naître du mariage (art. 818) ;

2° Celles que les époux se font l'un à l'autre ou aux enfants à naître de leur mariage (art. 819) ;

3° Celles que des tiers, parents ou non des époux, ou que les époux eux-mêmes font à des tiers, parents ou non (art. 820) (*b*).

Quant aux choses qui peuvent faire l'objet de ces donations, il y a encore trois espèces de donations à signaler :—

1° La donation de biens présents ;

2° Celle de biens à venir qu'on appelle *institution contractuelle ;*

3° Celle de biens présents et de biens à venir cumulativement (*c*).

Je me propose de diviser cette section en trois paragraphes. Dans le premier, j'indiquerai les règles qui sont communes à toutes donations par contrat de mariage, qu'elles soient faites

(*a*) Dans le code Napoléon cette matière est traitée dans deux chapitres : le premier parle des donations faites par contrat de mariage aux époux et aux enfants à naître du mariage (art. 1081-1090) ; le deuxième, des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage (art. 1091-1100). Dans notre droit la donation entre époux ne peut se faire pendant le mariage, le seul avantage permis étant lorsque le mari assure sa vie pour le bénéfice de sa femme (art. 770, 1265).

(*b*) Nous verrons plus loin qu'il y a sous ce rapport à distinguer entre la donation de biens présents et celle de biens à venir ; cette dernière est plus restreinte que la première quant aux personnes qui peuvent donner et à celles qui peuvent recevoir.

(*c*) Mourlon (n° 975), à l'exemple de quelques auteurs, distingue une quatrième espèce : la donation faite sous des conditions potestatives. J'en parlerai en expliquant les règles qui s'appliquent à toutes ces donations.

par des tiers ou par les époux, qu'elles s'adressent aux époux, aux enfants à naître du mariage ou à des tiers, et enfin quels que soient les biens que l'on donne. Le second s'occupera à la fois des donations que des tiers, parents ou non des époux, font à ces derniers ou aux enfants à naître du mariage, et des donations que l'un des époux fait à son futur conjoint, ou qu'ils font tous deux ou que l'un d'eux fait aux enfants à naître de leur mariage ; en effet, ces deux hypothèses sont régies par les mêmes règles. Enfin, il sera question, dans le troisième paragraphe, des donations que des tiers, parents ou non des époux, ou que les époux eux-mêmes font à des tiers, parents ou non. Ces deux derniers paragraphes subiront une subdivision identique ; car, dans chacune des hypothèses qu'ils supposent, j'aurai à m'occuper de la triple classification que j'ai faite des donations par contrat de mariage, eu égard aux biens qui peuvent en être l'objet, c'est-à-dire les donations de biens présents, celles de biens à venir, celles de biens présents et de biens à venir cumulativement.

§ I.—*Des règles communes aux donations par contrat de mariage.*

Il ressort de la disposition de l'article 817 que les règles concernant les donations entre vifs s'appliquent aux donations par contrat de mariage, sauf les exceptions prévues. Ainsi, quant à la capacité des parties, sauf le cas du mineur donateur (art. 763, 1006, 1267), quant à l'enregistrement, sauf lorsque la donation a été faite en ligne directe (art. 807), et quant aux causes légales de révocation, les principes que j'ai expliqués au cours de ce chapitre s'appliquent, que la donation soit de biens présents ou à cause de mort. J'aurai à indiquer maintenant quelques règles qui sont communes aux diverses espèces de donations par contrat de mariage.

I.—Les donations par contrat de mariage sont sujettes à l'acceptation.—La donation étant un contrat n'est parfaite, nous l'avons vu, que par le concours des volontés du donateur et du donataire (*a*). La volonté du donataire s'exprime par son acceptation et cette acceptation est nécessaire, dans tous les cas, lorsqu'il s'agit de biens présents, que la donation se fasse par un contrat de mariage ou autrement. Seulement, dans certains cas,

(*a*) Voy. *supra*, p. 63.

cette acceptation se présume quand la donation est faite dans un contrat de mariage. C'est ce qu'exprime l'article 821 en ces termes :

821. " Les donations de biens présents par contrat de ma-" riage sont, comme toutes autres, sujettes à l'acceptation entre " vifs. L'acceptation se présume néanmoins dans les cas men-" tionnés en la section deuxième de ce chapitre. Les tiers " donataires qui n'ont pas été présents à l'acte peuvent accep-" ter séparément avant ou après le mariage (*a*)."

Notre article 821 ne parle que de la donation de biens présents. Faut-il en conclure que la donation de biens à venir ou l'institution contractuelle soit dispensée d'acceptation ? La raison de douter serait que la donation de biens à venir ou l'institution contractuelle constitue, comme la donation de biens présents, un véritable contrat et que tout contrat exige pour sa perfection le consentement des deux parties contractantes. Cependant, on a toujours enseigné dans l'ancien droit que l'institution contractuelle n'a pas besoin d'acceptation (*b*), et l'article 13 de l'ordonnance de 1731 disait que " les institu-" tions contractuelles, et les dispositions à cause de mort qui " seraient faites dans un contrat de mariage, même par des " collatéraux ou par des étrangers, ne pourront être attaquées " par le défaut d'acceptation." Je crois qu'en cela l'ordonnance ne faisait que déclarer le droit préexistant.

Du reste, si la donation à cause de mort s'adresse aux époux ou aux enfants à naître du mariage, l'acceptation se présume aux termes des articles 788 et 821 ; si elle est faite à des tiers —et elle ne peut se faire à d'autres tiers que les frères et sœurs de l'époux avantagé, et encore faut-il que le donateur soit un ascendant (art. 820, al. 2)—comme il s'agit d'un don de succession, il semble que le donataire sera toujours à temps pour signifier sa volonté lorsque cette succession sera ouverte. A tout événement, l'acceptation qu'il aurait faite de la donation avant le décès du donateur, ne l'empêcherait pas de la

(*a*) L'article 1087 du code Napoléon porte que les donations faites par contrat de mariage ne peuvent être attaquées ni déclarées nulles sous prétexte de défaut d'acceptation. On explique cependant que cet article ne veut pas dire que les donations dont il s'agit soient dispensées d'acceptation, mais que cette acceptation n'est pas soumise aux formes solennelles que le code Napoléon prescrit dans le cas des donations ordinaires. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, nº 737.

(*b*) Voy. Pothier, *Donations*, sec. II, art. 1er, éd. Bugnet, t. 8, nº 61, p. 372.

répudier quand la mort du donateur aura donné ouverture à son droit. Je reviendrai sur ces questions plus loin.

Donc, quant aux donations de biens présents, l'acceptation est requise. L'article 821 porte, cependant, que l'acceptation se présume dans les cas mentionnés en la section deuxième de ce chapitre. Il s'agit de l'article 788, qui dit que l'acceptation se présume en un contrat de mariage tant à l'égard des époux que des enfants à naître (*a*). Donc, qu'une donation soit faite aux époux ou aux enfants à naître du mariage : l'acceptation se présumera en l'absence d'une répudiation expresse.

L'article 821, toujours dans l'hypothèse de la donation de biens présents, ajoute que les tiers donataires qui n'ont pas été présents à l'acte peuvent accepter séparément avant ou après le mariage. Ceci est conforme au principe qu'énonce l'article 791, mais, ainsi que le dit cet article, l'acceptation doit être faite du vivant du donateur et pendant qu'il conserve la capacité de donner.

Cependant, il y a ceci de particulier dans le cas de la donation faite à des tiers dans un contrat de mariage, que le donateur de biens présents ne peut révoquer la donation, même en ce qui concerne les tiers donataires qui n'ont pas encore accepté, si ce n'est que pour cause de droit ou par suite d'une condition résolutoire valablement stipulée (art. 823). C'est la conséquence du principe qu'après le mariage les conventions matrimoniales ne peuvent être changées (art. 1265). Bien entendu que si le donateur meurt ou perd sa capacité avant l'acceptation du tiers donataire, ce dernier ne pourra réclamer la chose donnée (art. 791) (*b*).

Enfin, quand des choses mobilières sont données et délivrées, l'acceptation se présume de la délivrance (art. 788).

II. La donation par contrat de mariage est subordonnée à la condition de la célébration du mariage.—L'article 822 pose cette règle en ces termes :

822. " La donation des biens présents ou à venir par con-
" trat de mariage, même quant aux tiers, n'est valide que si le
" mariage a lieu. Si le donateur ou le tiers donataire qui a
" accepté décède avant le mariage, la donation n'est pas nulle,
" mais sa validité continue d'être suspendue par la condition
" que le mariage aura lieu " (*c*).

(*a*) J'ai expliqué cet article, *supra*, p. 65.

(*b*) Voy. l'explication de cet article, *supra*; p 67.

(*c*) L'article 1088 du code Napoléon quoique plus concis est au même effet

La donation par contrat de mariage est donc conditionnelle. Elle est faite sous la condition suspensive *si nuptiæ sequantur*. Donc, dès que le contrat de mariage est signé, le donataire acquiert un droit conditionnel à la chose donnée, droit qui ne se réalisera jamais et sera censé n'avoir jamais existé si la condition vient à défaillir, mais qui deviendra pur et simple et sera réputé avoir toujours été tel lorsque le mariage a été célébré (art. 1085). Du reste, à moins qu'un délai fatal n'ait été fixé, la célébration du mariage en tout temps, même après le décès du donateur, donnera effet à la donation (art. 1082 (*a*).

Mais la rupture du projet de mariage rendra la donation caduque, et alors peu importe que les futurs époux reprennent et réalisent plus tard ce projet; la donation et les autres stipulations du contrat de mariage resteront toujours inefficaces (*b*). Cependant le tiers donateur est-il obligé—lorsque le projet de mariage n'a pas été rompu—d'attendre qu'il plaise aux époux de le réaliser ? Rodière & Pont (*c*), se basant sur la règle de l'article 1175 du code Napoléon, que " toute condition " doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût " (*d*), et sur le motif que le tiers donateur a dû penser que le mariage s'accomplirait bientôt, croient que le donateur pourrait citer les futurs époux en justice pour voir dire que, faute par eux de célébrer leur mariage dans le délai qui leur serait fixé, la donation serait déclarée caduque (*e*).

La nullité du mariage a le même effet que sa non-existence,

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 737.

La plupart des auteurs voient une véritable condition dans cette nécessité de la célébration du mariage. Toutefois, MM. Aubry et Rau, t. 4, § 302, nº 1, p. 60, contestent qu'il y ait là condition ; le contrat de mariage suppose nécessairement, disent-ils, l'existence ou la réalisation ultérieure d'un fait, la cébration du mariage, voilà tout ! Dans le même sens, comp. M. Guillouard, *Contrat de mariage*, t. 1, nº 276. Il est à observer cependant que notre article, à la différence de l'article 1088 du code Napoléon, dit expressément que la validité de la donation continue d'être suspendue par la *condition* que le mariage aura lieu.

(*b*) Laurent, t. 15. nº 169.

(*c*) *Contrat de mariage*, t. 1, nº 174.

(*d*) Nos codificateurs n'ont pas reproduit cet article afin de laisser, disent-ils, l'interprétation des conditions sous les mêmes règles que les autres contrats. Toutefois, nous ne devons pas repousser cette règle qui trouve son application tous les jours devant nos tribunaux.

(*e*) Dans le même sens, voy. M. Guillouard, *Contrat de mariage*, nº 277.

car alors il est censé n'avoir jamais existé, et la condition se trouve défaillie tout comme si le mariage n'avait jamais été célébré; et la donation étant caduque, les droits que le donataire a pu constituer en faveur de tiers sur les biens donnés s'évanouiront en même temps que le titre du donataire (*a*).

Mais que décider si les époux qui ont contracté ce mariage ou l'un d'eux étaient de bonne foi? C'est le cas du mariage putatif, et dans mon tome 1er, p. 460, j'ai rapporté la décision de M. Baudry-Lacantinerie (*Précis*, t. 1er, nº 554), à l'effet que l'époux de bonne foi peut exiger l'exécution des donations à lui faites par son conjoint, même au cas où ces donations auraient été stipulées réciproques; que les donations faites par un tiers au conjoint de bonne foi, dans le contrat de mariage de ce dernier, devront être maintenues, mais qu'il en serait autrement des donations faites à l'époux de mauvaise foi. Cependant, quant à ces dernières, on enseigne que même quand on a donné des biens présents, la donation, étant faite en faveur du mariage et non en faveur de l'époux, doit être maintenue. La donation de biens à venir, ou la donation cumulative de biens présents et à venir, faite à l'époux de mauvaise foi, ne peut donner lieu à aucune difficulté, car alors les enfants sont eux-mêmes donataires au cas de la survie du donateur à l'époux donataire. Il faudrait donc la maintenir (*b*).

III. La donation par contrat de mariage peut être subordonnée à des conditions potestatives de la part du donateur ou sujette à des reprises ou réserves qui dépendent de sa volonté.—Nous avons vu que la donation entre vifs ordinaire peut être faite sous une condition casuelle ou mixte, mais que lorsque le donateur ne s'est obligé que sous une condition potestative, la donation est nulle (art. 782, 783). J'ai ajouté que la condition potestative se subdivise en condition purement et absolument potestative, comme *si je veux, si cela me plaît*, et en condition simplement potestative, ou condition potestative mixte, comme *si je me marie, si je vais résider à la campagne* (*c*). La première réduit la convention à un pur néant, la seconde la subordonne à une condition que le débiteur peut bien faire arriver ou manquer, mais qui ne dépend pas uniquement de sa volonté, puisqu'il y

(*a*) Demolombe, t. 23, nº 254.

(*b*) Voy. sur ces questions, Demolombe, t. 3, nºs 381-2; MM. Aubry & Rau, t. 5, § 460, p. 53 et note 21; Huc, t. 2, nº 168.

(*c*) Voy. *supra*, p. 111.

entre un certain élément de hasard. Il n'est question que de celle-ci dans les articles 782 et 783.

Nous avons également vu que la donation entre vifs ne peut être stipulée réductible sous des conditions qui dépendent de la volonté du donateur, et que si ce dernier s'est réservé la liberté de disposer ou de se ressaisir à sa volonté de quelque effet compris dans la donation, ou d'une somme d'argent à prendre sur les biens donnés, la donation vaut pour le surplus, mais est nulle quant à la partie retenue (art. 782) (*a*).

Cependant j'ai ajouté que ces causes de nullité ne s'appliquent pas aux donations par contrat de mariage (art. 783). Je vais maintenant expliquer l'étendue et la portée de cette exception.

Citons d'abord l'article 824.

824. " La donation soit des biens présents soit à cause de " mort faite en un contrat de mariage peut être stipulée sus- " pendue, révocable ou réductible, ou sujette à des reprises et " réserves non fixes ni déterminées, quoique l'effet de la dispo- " tion dépende de la volonté du donateur. Si dans le cas de " reprises et réserves le donateur n'exerce pas le droit qu'il " s'est conservé, le donataire garde en entier l'avantage à l'ex- " clusion de l'héritier (*b*)."

Mais est-il question ici de la condition purement et absolument potestative, ou seulement de la condition potestative mixte ? Demolombe (t. 23, nº 376) distingue. S'agit-il de la condition suspensive : la condition ne peut être purement et absolument potestative. Ainsi, si je dis que je donne telle maison, *si je veux*, il en résulte que je ne veux pas encore la donner, et je ne suis lié par aucun lien vis-à-vis du donataire ; je n'ai formé encore aucune volonté de donner. S'agit-il au contraire de la condition résolutoire, comme si je donne telle maison, mais j'aurai le droit de la reprendre *si je veux :* cette condition serait valable, car la volonté de donner est formée et on ne peut invoquer la maxime, *donner et retenir ne vaut*, car cette maxime n'est pas applicable aux donations faites par contrat de mariage (*c*).

(*a*) *Supra*, p. 112.

(*b*) Cet article, quant au droit de donner sous une condition potestative ou sous la condition de reprendre les effets donnés, et quant à l'effet de cette dernière stipulation, rend assez fidèlement la disposition de l'article 1086 du code Napoléon.

(*c*) En ce sens, M. Colmet de Santerre (continuateur de Demante), t. 4, nº 259 *bis*, I.

D'autres auteurs ne font pas cette distinction. Ils prononcent dans tous les cas, et avec raison suivant moi, la nullité de la donation faite sous une condition purement et simplement potestative, que la condition soit suspensive ou résolutoire. La loi, disent-ils, déroge à la maxime, *donner et retenir ne vaut ;* elle ne déroge pas au principe de l'article 1081 qui dit que l'obligation contractée sous une obligation purement facultative est nulle. La condition purement et simplement potestative, qu'elle soit suspensive ou résolutoire, détruirait le lien de droit entre le donateur et le donataire (*a*).

La donation par contrat de mariage peut donc être faite sous une condition potestative mixte. L'article 824 ajoute qu'elle peut être sujette à des reprises et réserves non fixes et déterminées, quoique l'effet de la disposition dépende de la volonté du donateur. Ainsi, le donateur peut se réserver le droit de tester de choses comprises dans la donation ou, ce qui revient au même, il peut obliger le donataire à exécuter le testament qu'il pourra faire (*b*). Il peut également stipuler le droit de reprendre en tout on en partie les biens donnés. Le donataire, dans ce cas, a un titre résoluble, et son droit ne se consolidera que lorsque le donateur sera décédé sans avoir exercé la faculté qu'il s'était réservée. Il est dans ce cas préféré à l'héritier du donateur, lequel, à moins d'une stipulation expresse, ne pourra exercer la réserve ou la reprise stipulée par le donateur. En effet, l'article 824 porte que dans le cas de reprises et de réserves, si le donateur n'exerce pas le droit qu'il s'est conservé, le donataire garde en entier l'avantage à l'exclusion de l'héritier.

L'article 1086 du code Napoléon est plus explicite. Il dit que dans le cas où le donateur meurt sans avoir exercé son droit de disposer des choses affectées par la réserve, ces choses sont censées comprises dans la donation et appartiennent au donataire *ou à ses héritiers.* Mais Demolombe (nº 385) fait observer que ce mot *héritiers* qu'emploie l'article 1086 est inutile ou inexact. En effet, de deux choses l'une : ou bien le donataire a survécu au donateur, et alors il est clair qu'il transmettra à ses héritiers, dans sa propre succession, la chose ou

(*a*) Laurent. t. 15, nº 286 ; Bonnet, *Dispositions par contrat de mariage*, t. 2, nº 572. Comp. Pandectes Françaises, vº *Donations et testaments*, nº 12010, et M. Baudry-Lacantinerie, *Donations entre vifs et testaments*, t. 2, nº 3865.

(*b*) Il y avait quelque doute sur ce point dans l'ancien droit, mais il ne saurait y en avoir aujourd'hui. Pandectes françaises, *eod. verb.*, nº 12012.

la somme qu'il a lui-même recueillie ; ou bien il est mort avant le donateur, et alors il est évident que n'ayant eu aucun droit à cette chose ou à cette somme, ses héritiers, en tant qu'héritiers, ne pourront jamais la réclamer. Il est vrai qu'aux termes de l'article 829 (*a*), la donation à cause de mort faite au profit des époux ou de l'un d'eux, est toujours, dans le cas où le donateur survit à l'époux donataire, présumée faite au profit des enfants à naître du mariage, s'il n'y a disposition contraire. Mais les enfants recueillent les biens, dans ce cas, *proprio jure*, en vertu d'une substitution, et non pas comme héritiers du donataire.

D'autres auteurs distinguent dans le cas d'une donation de biens présents. La condition est-elle suspensive, comme si la donation stipule que l'objet appartiendra au donataire si le donateur meurt sans en avoir disposé : il est évident que si le donataire prédécède, il ne transmettra rien à ses héritiers. Au contraire, la condition est-elle résolutoire, comme lorsque le donateur donne une maison, mais stipule que la donation sera résolue s'il en dispose plus tard : le donataire acquiert un droit actuel bien que résoluble à la maison, et s'il meurt avant que le donateur en ait disposé, il transmettra ce droit à ses héritiers. C'est ainsi que raisonnait Furgole (*b*).

J'avoue que ce raisonnement me frappe, et je ne vois pas comment on lui opposerait la caducité décrétée par l'article 829, car précisément cette caducité ne s'applique qu'à la donation à cause de mort (*c*).

Cependant, pour que le donataire ou ses héritiers gardent l'avantage des choses réservées, à l'exclusion des héritiers du donateur, il faut que ces choses n'aient pas été exclues de la donation. Il y a en effet une grande différence, comme le faisait remarquer Furgole (*d*), entre la réserve de la faculté de disposer d'une chose ou d'une somme sur les biens donnés, et la réserve d'une chose, d'une somme ou d'une quotité de biens.

(*a*) L'article 1089 du code Napoléon paraît aller plus loin que notre article 829.

(*b*) Sur l'article 18 de l'ordonnance de 1731. C'est encore l'opinion exprimée par Coin-Delisle et par Marcadé sur l'article 1089 C. N.

(*c*) Cette solution donnerait lieu à une difficulté sérieuse en France à cause des termes des articles 1086 et 1089 du code Napoléon. Comp. Pandectes françaises. nº 12040. Cette difficulté ne me paraît pas exister dans notre droit.

(*d*) Sur l'article 18 de l'ordonnance de 1731.

Dans le premier cas, la faculté de disposer est une condition, et ce n'est que lorsque cette condition a été accomplie que la chose est retranchée de la donation. Au second cas, la chose est retranchée au moment même de la donation ; elle n'y figure donc pas et elle passe aux héritiers du donateur. Il faudra sans doute bien souvent scruter les termes de la donation, afin de constater si le donateur a stipulé la réserve de la faculté de disposer d'une chose ou le retranchement actuel de cette chose, mais la distinction elle-même ne peut souffrir aucune difficulté (*a*).

Cette distinction du reste s'applique à la donation de biens à venir comme à celle de biens présents. Quelques auteurs sous l'ancien droit voulaient la limiter aux donations de biens présents, mais cette opinion ne peut plus être suivie aujourd'hui (*b*).

Même lorsque le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'un objet particulier, il n'est pas pour cela privé du droit de disposer d'autres objets donnés à cause de mort, dans les restrictions portées à l'article 823, sauf à bien peser les termes de la réserve afin de voir si le donateur n'a pas limité à ces choses son droit de disposer. Toutefois, les dispositions faites par le donateur ne s'exécuteront sur la somme dont il s'est réservé la faculté de disposer, qu'autant qu'il a exprimé la volonté d'exercer cette faculté. Si cette volonté n'est pas apparente, les dispositions resteront à la charge de ses héritiers (*c*).

IV. De la responsabilité des dettes du donateur qui incombe au donataire.—J'aurai à distinguer ici entre les trois espèces de donations dont j'ai parlé plus haut : celle de biens présents, celle de biens à venir et celle de biens présents et de biens à venir cumulativement. Toutefois, j'ai préféré traiter ce sujet dans ce paragraphe, dont le but est de tracer les règles qui sont communes à toutes les donations faites par contrat de mariage, car dans chaque espèce de donation le donataire peut se trouver avoir à répondre, dans une mesure plus ou moins grande, des dettes du donateur. Cette responsabilité peut être modifiée, limitée, étendue, ou même annulée en certains cas, quelquefois même elle existe indépendamment de toute stipu-

(*a*) Comp. Demolombe, nº 379.

(*b*) Demolombe, nº 380.

(*c*) Même auteur, nºs 381-2.

lation ; mais la loi, ainsi que dans le cas de la donation entre vifs ordinaire, permet au donataire de s'en affranchir. La responsabilité du donataire des dettes du donateur est donc, soit conventionnelle, soit légale. Je parlerai d'abord de la première, en deuxième lieu, de la seconde, enfin je poserai les conditions dans lesquelles il est permis au donataire de se libérer de l'une ou de l'autre.

1° *De la responsabilité conventionnelle.* — Dans aucune donation, nous l'avons vu, la liberté des conventions n'a plus franc jeu que dans la donation faite par contrat de mariage. Lorsqu'il s'agit de la donation entre vifs ordinaire, le législateur, préoccupé de la règle que donner et retenir ne vaut, et voulant parer aux révocations indirectes, pose avec soin les limites de la responsabilité conventionnelle. La donation entre vifs de biens présents, dit l'article 784, est nulle si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou que celles à venir dont la nature est exprimée et le montant défini dans l'acte ou dans l'état qui y est annexé.

Mais cette règle, ajoute l'article 784, ne s'applique pas aux donations par contrat de mariage. Donc, dans la donation entre vifs ordinaire, restriction de la responsabilité conventionnelle du donataire ; dans la donation entre vifs par contrat de mariage, au contraire, liberté absolue de cette convention.

Nous trouvons, du reste, l énonciation de ce principe de liberté dans le premier alinéa de l'article 825.

" La donation par contrat de mariage, dit-il, peut être faite " à la charge de payer les dettes que le donateur aura à son " décès, déterminées ou non."

Il n'est question ici que des dettes à venir. Le droit de stipuler que le donataire sera responsable des dettes du donateur qui existaient lors de la donation, n'avait pas besoin d'une énonciation spéciale, puisque, même dans la donation entre vifs ordinaire, le donateur peut y astreindre le donataire, sans que la nature de ces dettes et leur montant soient spécifiés, et à plus forte raison en est-il de même de la donation par contrat de mariage. Il n'était nécessaire que d'écarter la prohibition quant aux dettes à venir non déterminées, et c'est là le but du second alinéa de l'article 784 et du premier alinéa de l'article 825.

Donc, qu'il s'agisse de dettes à venir ou de dettes présentes, il n'est pas nécessaire de déterminer la nature de ces dettes, ni d'en fixer le montant.

D'ailleurs on peut, dans une donation de biens présents, obliger le donataire à payer les dettes à venir ou les dettes présentes, ou les deux ; comme on peut, dans la donation de biens à venir, ou dans la donation cumulative de biens présents et de biens à venir, astreindre le donataire au paiement de l'une ou l'autre de ces catégories de dettes ou des deux à la fois. La liberté des conventions, je l'ai dit, a ici franc jeu.

Mais le donateur peut-il exempter le donataire de l'obligation de payer ses dettes ? Examinons séparément chaque hypothèse.

La donation est de biens présents : le cas ne souffre aucune difficulté. Le donataire peut être exempté du paiement des dettes existantes, sauf le droit des créanciers de faire annuler la donation si le donateur s'est rendu insolvable (art. 803), conclusion qui s'imposerait si la donation était universelle. Du reste le donataire ne peut garder tous les biens du donateur et refuser de payer ses dettes (art. 797). Quant aux dettes à venir, la liberté d'exemption est absolue, puisqu'il n'y a que les créanciers antérieurs à la donation qui puissent en demander la nullité pour cause de fraude.

La donation est de biens à venir : si la donation est universelle ou à titre universel, la responsabilité du donataire existe indépendamment de toute convention, comme nous le verrons à l'alinéa 2 de l'article 825. Il n'est pas permis d'y déroger —quelle que soit la date des créances—au préjudice des créanciers du donateur. Le donataire ne pourra donc garder les biens et refuser de payer les créances. La donation à cause de mort confère un droit de succession au donataire, et tout droit de succession comporte une obligation correspondante de payer les dettes. Si la donation est à titre particulier, comme si le donateur donne au donataire une somme d'argent à prendre sur les biens qu'il laissera à son décès, elle ne pourra pas nuire aux créanciers, car le donataire à titre particulier, tout comme le légataire au même titre, est tenu des dettes en cas d'insuffisance des autres biens, sauf bien entendu son recours contre ceux tenus personnellement (arg. art. 735).

La donation est de biens présents et de biens à venir cumulativement : il y a lieu de faire les mêmes distinctions qu'à l'égard de la donation de biens à venir. La responsabilité existe de droit dans la donation universelle ou à titre universel, on ne peut y déroger au préjudice des créanciers du donateur, et elle existera indirectement, en cas d'insuffisance des biens pour défrayer les dettes, dans la donation à titre particulier.

Il est bien entendu que le donataire peut, en exerçant son option de limiter la donation aux biens donnés comme présents, échapper au paiement des dettes contractées par le donateur postérieurement à la donation (art. 827).

2° *De la responsabilité légale.*—Il y a lieu à distinguer ici selon que la donation est de biens présents, de biens à venir ou des deux cumulativement.

a. *Donations de biens présents.*—Il n'y a qu'à appliquer les règles qui régissent la donation entre vifs ordinaire. Donc la donation est-elle universelle : le donataire sera tenu personnellement de la totalité des dettes que le donateur devait lors de la donation (art. 797). Est-elle à titre universel : le donataire sera obligé personnellement de payer les mêmes dettes dans la proportion de ce qu'il reçoit (art. 797). Enfin, la donation est-elle à titre particulier : le donataire ne sera jamais tenu personnellement de ces dettes, sauf toutefois le droit des créanciers d'attaquer la donation si le donateur au temps de la donation, et distraction faite des choses données, n'était pas solvable (art. 803).

b. *Donation de biens à venir ou de biens présents et à venir cumulativement.*—Ce cas est prévu par le deuxième alinéa de l'article 825 qui se lit ainsi qu'il suit :

" Dans la donation universelle ou à titre universel faite des " biens à venir, ou cumulativement des biens présents et à " venir, cette charge (l'obligation de payer les dettes que le " donateur aura à son décès) quoique non stipulée incombe au " donataire pour le tout ou en proportion de ce qu'il reçoit."

Cette disposition ne peut donner lieu à aucune difficulté. Le donataire, indépendamment de toute convention, est personnellement responsable de toutes les dettes que le donateur doit au moment de son décès, lorsque la donation est universelle ; et d'une proportion de ces dettes correspondante à la proportion de biens qu'il reçoit, lorsque la donation est à titre universel. Cette responsabilité peut être limitée aux dettes que le donateur devait lors de la donation faite cumulativement de biens présents et à venir, quand le donataire exerce l'option que lui accorde l'article 827. Le donataire est donc, à cet égard, dans la même position que le légataire universel ou à titre universel.

Le code ne prévoit pas le cas où la donation de biens à venir est à titre particulier. Ce cas d'ailleurs est d'une solution facile. Le donataire n'est jamais responsable personnellement des dettes du donateur, mais il devra souffrir la réduction de la donation en cas d'insuffisance des autres biens.

3° *De la faculté que le donataire possède de se libérer des dettes en faisant abandon des biens donnés.*—Il y a encore ici à examiner les trois espèces de donations dont il est question en cette section.

a. *Donation de biens présents.*—Il n'est pas question ici de la faculté du donataire de biens présents de se libérer des dettes, pour la raison que ce point à été réglé ailleurs (*a*). Il n'y a qu'à appliquer l'article 798, aux termes duquel le donataire à quelque titre que ce soit, si les choses données sont suffisamment désignées ou s'il a fait inventaire, peut se libérer des dettes du donateur en rendant compte et en abandonnant la totalité de ce qu'il a reçu. S'il est poursuivi hypothécairement seulement, il peut, comme tout autre possesseur, se libérer en abandonnant l'immeuble hypothéqué, sans préjudice aux droits du donateur envers qui il peut être obligé au paiement.

b. *Donation de biens à venir.*—L'article 826 pose en ces termes les conditions de l'abandon qui libère l'institué de l'obligation de payer les dettes de l'instituant :—

826. " Il peut cependant après le décès du donateur dans la " donation faite seulement à cause de mort, tant qu'il n'a pas " fait d'autre acte d'acceptation, se libérer des dettes en renon- " çant à la donation après inventaire fait et compte rendu, et " en rapportant les biens du donateur qu'il possède, ou dont il " a disposé ou fait confusion avec les siens " (*b*).

Nous verrons plus loin que la donation à cause de mort, ou l'institution contractuelle comme l'appelaient les vieux auteurs, est le don d'une succession ou de partie d'une succession.

(*a*) Voy. *supra*, p. 142. J'aurai l'occasion d'y revenir en expliquant l'art. 828.

(*b*) Le code Napoléon ne contient pas une disposition aussi explicite, mais le droit du donataire de se décharger des dettes du donatenr y est reconnu. En effet, l'article 1086, après avoir dit que la donation par contrat de mariage en faveur des époux et des enfants à naître de leur mariage, peut être faite à la condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur, ou sous d'autres conditions, dont l'exécution dépendrait de sa volonté, ajoute que le donataire sera tenu d'accomplir ces conditions, " s'il n'aime mieux renoncer à la donation."

Il y a, à première vue, quelque chose d'exorbitant dans la disposition de l'art. 826 qui permet au donataire, même lorsqu'il a disposé des biens donnés ou qu'il les a confondus avec les siens, de se libérer des dettes en abandonnant la donation, mais c'est ce qu'on paraît avoir accordé, dans l'ancien droit, au légataire, même après son acceptation. Voy. l'art. 131 du projet de ce titre.

On peut donc, sous certains rapports, assimiler le donataire au légataire. Il s'ensuit, puisque l'acceptation du légataire du vivant du testateur ne peut lier ce légataire — cette acceptation serait même non avenue et illégale — que l'acceptation que le donataire a pu faire par le contrat de mariage (*a*) ne le liera pas et ne le privera pas du droit de s'affranchir des dettes du donateur en abandonnant les biens donnés. Donc le donataire — *tant qu'il n'a pas fait d'autre acte d'acceptation*, c'est-à-dire tant qu'il n'a pas accepté, après la mort du donateur, le don de succession qui lui a été ainsi fait — a la faculté de renoncer à la donation et de se libérer des dettes du donateur. En d'autres termes, il ne devient débiteur que par une acceptation formelle : le fait qu'il se serait mis en possession des biens et qu'il en aurait disposé, aux termes mêmes de l'article 826, n'exclut pas la faculté d'abandon. Mais l'acceptation formelle, après la mort du donateur, du don de succession qui lui est fait le rendrait irrévocablement débiteur des dettes de la succession du donateur, pour la totalité, si la donation est universelle, et pour une portion correspondante à la donation, si elle est à titre universel.

La procédure de l'abandon est indiquée d'une manière générale par l'article 826. Le donataire doit renoncer à la donation, *après inventaire fait et compte rendu,* et il doit de plus *rapporter les biens du donateur qu'il possède ou dont il a disposé ou fait confusion avec les siens.*

Il paraît donc qu'il y a une distinction capitale à faire entre le légataire et le donataire, quant à l'obligation aux dettes.

Le premier, comme l'héritier, peut accepter la succession tacitement. Si donc il se met en possession des biens qui lui sont légués, surtout s'il en dispose, il ne peut plus renoncer au legs et se décharger des dettes qui en sont la conséquence. Le donataire de biens à venir, au contraire, est recevable, même après qu'il a disposé des biens donnés ou qu'ils les a confondus avec les siens, à renoncer à la donation et à rendre compte de ce qu'il a reçu ; et moyennant cette renonciation et ce compte, il est déchargé de toute responsabilité des dettes du donateur. Avant le code, le légataire avait le même privilège que le donataire. Nos codificateurs l'ont assimilé à l'héritier ainsi que je l'ai expliqué ailleurs (*b*).

(*a*) Nous avons vu qu'une telle acceptation n'est pas nécessaire, et au fait elle ne signifierait rien. Voy. *Rapports des codificateurs*, t. 2, p. 166.

(*b*) Voy. mon tome 3, pp. 580, 583, 588, 589.

Quant au donataire, il n'est pas le représentant du donateur, il ne succède qu'à certains biens et il se libère des dettes du donateur en abandonnant ces biens.

La procédure donc que le donataire doit suivre pour se faire décharger des dettes du donateur, est d'abord de faire inventaire et de rendre compte de tout ce qu'il a reçu. Si ces biens existent encore entre ses mains, il les rapporte en nature. S'il en a disposé ou s'il les a confondus avec les siens, il en rapporte la valeur, laquelle, me semble-t-il, devrait se calculer eu égard à l'époque de la mort du donateur. Il renonce ensuite à la donation.

Notre article n'indique pas le délai dans lequel le donataire doit faire l'abandon des biens donnés. Il faut donc conclure que le donataire doit prendre parti dans un délai raisonnable après la mort du donateur. Son légitime contradicteur serait l'héritier du donateur, mais les créanciers auraient intérêt à surveiller l'inventaire et à discuter le compte du donataire.

c. *Donation cumulative de biens présents et de biens à venir.*—Il y a encore ici faculté d'abandon, mais le donataire peut conserver les biens donnés comme présents, en assumant la charge des dettes qui existaient lors de la donation, et se décharger des dettes subséquentes en renonçant aux autres biens du donateur. Telle est du reste la disposition de l'article 827.

827. " Dans la donation cumulative des biens présents et à " venir, le donataire peut aussi après le décès du donateur et " tant qu'il n'a pas autrement accepté la donation à cause de " mort, se décharger des dettes du donateur autres que celles " dont il est tenu à cause de la donation entre vifs, en renon- " çant de même à la donation à cause de mort, pour s'en tenir " aux biens donnés comme présents."

Il n'y a ici qu'à appliquer ce que j'ai dit de la renonciation de la donation de biens à venir.

Mais le donataire peut aller encore plus loin et se libérer même des dettes qui existaient à l'époque de la donation, en abandonnant les biens donnés comme présents. En effet, l'article 828 porte que " le donataire peut renoncer aussi en même " temps quant aux biens présents, et se décharger de toutes " les dettes, en faisant inventaire, rendant compte et rappor- " tant, ainsi qu'il est pourvu quant à l'effet des donations en " général." On applique dans ce cas la disposition de l'article 798.

§ II.—*Des donations que des tiers, parents ou non des époux, font à ces derniers ou aux enfants à naître du mariage. —Des donations que l'un des époux fait à son futur conjoint, ou qu'ils font tous deux ou que l'un d'eux fait aux enfants à naître de leur mariage.*

J'ai dit que ces deux hypothèses sont régies par les mêmes règles. Je les préciserai toutefois avant de les expliquer.

Première hypothèse.—Toute personne quelle qu'elle soit, parente ou non des époux, peut faire des donations aux époux ou aux enfants à naître du mariage. En effet, l'article 818 porte que " les père, mère et autres ascendants, les parents en géné-" ral, et même les étrangers, peuvent en un contrat de mariage " faire donation aux futurs époux ou à l'un d'eux, ou aux " enfants à naître de leur mariage, même avec substitution, " soit de leurs biens présents, soit de ceux qu'ils délaisseront à " leur décès, soit des uns et des autres ensemble, en tout ou en " partie."

Seconde hypothèse.—Les mêmes donations peuvent être faites par l'un des époux à l'autre, ou par les époux ou l'un d'eux aux enfants à naître de leur mariage. L'article 819 précise cette hypothèse en disant que " les futurs époux peuvent " également par leur contrat de mariage se faire respective-" ment, ou l'un d'eux à l'autre, ou faire à leurs enfants à " naître, pareilles donations de biens tant présents qu'à venir, " et sujettes aux mêmes règles, à moins d'exceptions parti-" culières."

Il est question dans chacune de ces hypothèses : 1° des donations de biens présents ; 2° des donations de biens à venir ; 3° des donations de biens présents et à venir cumulativement. Nous étudierons séparément chaque espèce de donation.

I. De la donation de biens présents.—Il n'est pas nécessaire d'expliquer longuement cette espèce. Il s'agit des biens dont le donateur avait la propriété lors de la donation ou auxquels il avait dès lors un droit acquis. J'ai dit ailleurs quels biens peuvent en faire l'objet.

Cette donation tombe sous le coup des règles qui régissent la donation entre vifs ordinaire, sauf les conditions qu'il est permis d'y stipuler à cause de la faveur due au mariage (art. 817). Elle peut être faite ous des conditions potestatives de

la part du donateur et on peut astreindre le donataire au paiement de dettes à venir du donateur non spécifiées ni définies à l'acte (*a*). Quand de semblables conditions n'ont pas été apposées par le donateur à sa libéralité, la donation demeure irrévocable, sauf la caducité si le mariage n'a pas lieu (art. 822), et c'est là un point qui la différencie de la donation de biens à venir.

Donc, en l'absence d'une condition potestative stipulée par le donateur, la donation de biens présents tombe sous le coup de la règle que donner et retenir ne vaut. Il s'ensuit que le donateur ne pourra la révoquer directement ou indirectement, sauf, bien entendu, le cas d'une cause légale de révocation, comme l'ingratitude du donataire (*b*).

Le donataire est donc saisi irrévocablement des biens donnés du moment de la donation, mais à cause de la condition suspensive prévue à l'article 822, le donateur n'est obligé de lui faire délivrance des biens donnés qu'à compter de la célébration du mariage. Peu importe que le donateur décède avant ou après cette célébration (*c*); la donation confère un droit irrévocable au donataire qui transmettra ce droit à ses héritiers.

Mais lorsque la donation—comme la loi l'autorise—a été faite sous une condition potestative de la part du donateur, le prédécès du donataire rendra-t-il la donation caduque ? J'ai discuté cette question plus haut (p. 200), et j'ai dit que quand la condition est suspensive, le donataire n'ayant acquis aucun droit actuel, n'en transmettra point à ses héritiers, mais que lorsque la condition est résolutoire, le donataire a acquis immédiatement un droit résoluble, dont ses héritiers seront saisis à son décès. Cette condition peut s'accomplir sans doute après le décès du donataire, mais si le donateur meurt sans avoir révoqué la donation, le droit résoluble que les héritiers du donataire ont acquis sera censé n'avoir jamais été affecté de cette condition (*d*).

(*a*) Quand de telles conditions existent, on peut dire avec M. Baudry-Lacantinerie (nº 739) que la donation cesse d'être une donation de biens présents proprement dite ; le donateur ayant un moyen indirect de la révoquer, elle ne devient parfaite que lors de son décès. Aussi, quelques auteurs traitent-ils cette hypothèse dans une subdivision à part.

(*b*) Voy. le premier alinéa de l'article 823, que j'expliquerai plus loin.

(*c*) On se rappellera qu'il ne s'agit dans ce paragraphe que de donations faites aux époux ou aux enfants, à l'égard desquels l'acceptation se présume (art. 788).

(*d*) L'article 829 ne peut être invoqué contre cette solution, car il ne s'applique qu'à la donation à cause de mort. 14

Aux termes des articles 818 et 819, des donations de biens présents peuvent être faites par toute personne parente ou non des époux, et elles peuvent être conférées soit aux époux, soit aux enfants à naître du mariage avec ou sans substitution (*a*). Cette faculté de donner directement aux enfants à naître du mariage sans substitution, admise par le droit ancien, ne peut se justifier juridiquement. On donne au néant, à une personne qui n'existe pas, qui n'existera peut-être jamais. Et pourquoi ratifier cette fantaisie singulière de celui qui voudrait donner à des enfants qu'il ne connaîtra peut-être jamais, sans donner aux futurs époux qu'il connaît et qui sont présents ? Ainsi raisonne Demolombe (t. 23, nº 267) qui qualifie ces donations d'énormité juridique, puisque, dit-il, la propriété des biens donnés reste en suspens et que la donation elle-même est en l'air. Aussi sont-elles prohibées en France, mais, comme je l'ai dit, l'ancien droit les avait accueillies à cause de la faveur du mariage, et notre code a accepté cette jurisprudence sans même la discuter (*b*).

Au reste, on présumera facilement dans ce cas l'existence d'une substitution, mais si la volonté du donateur d'exclure les époux du bénéfice de la donation n'est pas douteuse, on n'aura qu'à lui donner effet. Seulement, en attendant la naissance des enfants, ou du moins leur conception, personne n'aurait qualité à revendiquer contre le donateur les biens donnés. Les époux ne peuvent intervenir, car ils n'y ont aucun intérêt, et avant la conception des enfants personne ne peut les représenter. Du reste, la donation est affectée d'une condition suspensive, puisqu'elle est faite pour le cas que les enfants naîtront, et jusqu'à ce que cette condition se réalise, le donateur n'est pas dessaisi des biens donnés.

II. De la donation de biens à venir ou institution contractuelle.— Eusèbe de Laurière définissait l'institution contractuelle : " Un don irrévocable de succession ou d'une partie de succession, fait par contrat de mariage, au profit des époux ou des " enfants qu'ils doivent avoir ensemble " (*c*). Inconnue du

(*a*) Voy. aussi l'art. 772.

(*b*) On pourrait peut-être dire que jusqu'à l'avènement de la condition *si nascatur*, la propriété ne reste pas en suspens et qu'elle demeure au donateur ou à ses héritiers. C'est ce que je déciderai plus loin quant aux legs conditionnels.

(*c*) Cité par Demolombe t. 23, nº 271.

droit romain, qui poursuivait, avec une espèce de haine, les pactes sur les successions futures, elle devait son origine à la féodalité, dont elle servait admirablement les desseins, et elle réussit à obtenir droit de cité même dans les provinces de droit écrit, malgré l'ardente opposition des sectateurs du droit romain (*a*).

L'avantage que l'institution contractuelle offre, c'est qu'elle assure le donateur contre le dessaisissement actuel de la donation entre vifs ordinaire, et le donataire contre la faculté absolue de révocation qui caractérise le testament. On hésiterait à assumer les charges qui résultent du mariage sur la foi d'une disposition essentiellement révocable, et d'un autre côté le donateur, plus porté à dépouiller ses héritiers qu'à se dessaisir lui-même, se décidera facilement à attribuer par contrat le bénéfice d'une succession qui ne s'ouvrira qu'après sa mort.

Aussi, notre droit, tout en prohibant rigoureusement les pactes sur succession future, a-t-il soin d'excepter de sa prohibition les pactes renfermés en un contrat de mariage (art. 658 et 1061). Ajoutons que l'institution contractuelle n'est que peu pratiquée en France (*b*), mais en cette province elle est d'un usage très fréquent.

L'institution contractuelle est une sorte de terme moyen entre la donation entre vifs et le testament (*c*). Elle se rapproche de la première par le caractère d'irrévocabilité, de la seconde en ce qu'elle a pour objet des biens à venir. En un mot, comme nous l'avons vu, c'est *un don irrévocable de succession*, c'est *un legs contractuel.* Comme le testament, elle institue un héritier, mais elle le fait par un contrat véritable, et, pour cette raison, elle a reçu le nom d'institution contractuelle, expression merveilleusement choisie, dit M. Baudry-Lacantinerie, parce qu'elle équivaut à une définition. Mais elle institue cet héritier d'une manière irrévocable, et c'est ce trait qui la rapproche de la donation entre vifs. Elle emprunte, partant, les deux traits qui la caractérisent, à deux institutions entre lesquels il existe une sorte d'incompatibilité juridique (*d*). On comprend donc que c'est une disposition exceptionelle, et nous ne nous étonnerons pas de constater qu'elle ne peut se

---

(*a*) Demolombe, *loc. cit.*

(*b*) Demolombe, nº 272 ; M. Baudry-Lacantinerie, nº 741.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 740.

(*d*) M. Baudry-Lacantinerie, *loc cit.*

faire que par un contrat de mariage et en faveur seulement de quelques personnes (comp. l'art. 597).

L'institution contractuelle peut être universelle, à titre universel ou à titre particulier. Dans le premier cas elle dispose de la totalité, dans le second, d'une quotité des biens que l'instituant laissera à son décès, et dans le troisième, d'une chose déterminée à prendre dans la succession du donateur.

Je vais maintenant, en me restreignant dans l'hypothèse que prévoit ce paragraphe, dire quelles personnes peuvent faire une institution contractuelle, en faveur de qui elle peut être faite, par quel acte et en quels termes elle peut être consentie, sur quels biens elle peut porter, quels sont ses effets, quand elle devient caduque, et il me sera facile ensuite de faire voir en quoi elle diffère de la donation testamentaire.

1° *Qui peut faire une institution contractuelle* — La réponse à cette question est facile. La loi permet à toute personne, même au mineur (art, 763, 1006, 1267), que cette personne soit ou ne soit pas parente des époux, et aux époux eux-mêmes, de faire des donations à cause de mort (art. 818, 819).

2° *En faveur de qui l'institution contractuelle peut être faite.*—Il ne s'agit ici, bien entendu, que de l'hypothèse des art. 818 et 819. La donation à cause de mort, aux termes de ces articles, peut être faite soit aux époux, soit aux enfants à naître du mariage, soit aux uns et aux autres, avec ou sans substitution. Même dans le cas où la donation n'est faite qu'en faveur des époux, ou de l'un d'eux, les enfants en profiteront si le donateur survit à l'époux donataire. En effet, le premier alinéa de l'article 829 porte que " nonobstant la règle qui " exclut la représentation en matière de legs, la donation à " cause de mort faite au profit des futurs époux ou de l'un d'eux " par les ascendants, les autres parents, ou les étrangers, est " toujours, dans le cas où le donateur survit à l'époux donataire, présumée faite au profit des enfants à naître du mariage, s'il n'y a disposition contraire (*a*)."

La loi établit donc en faveur des enfants à naître du mariage une substitution vulgaire, qui dispense le donateur de stipuler que les enfants issus du mariage de l'époux donataire seront substitués à ce dernier, s'il ne survit pas au donateur; la loi présumera que telle a été la volonté du donateur, s'il n'y a disposition contraire. Par enfants à naître du mariage, il

(*a*) Cette disposition est au même effet que le deuxième alinéa de l'article 1082 du code Napoléon.

faut également entendre les enfants légitimés par ce mariage, car ils ont les mêmes droits que s'ils en étaient nés (art. 239) (*a*), mais non pas ceux que l'un des époux aurait eus d'un mariage antérieur. Bien entendu, le donateur peut, par la donation à cause de mort, créer une substitution fidéicommissaire en faveur de quelques-uns seulement des enfants, ou même de toute autre personne (*b*). Ce n'est là que l'application de l'article 929 qui permet de créer une substitution, par donation à cause de mort, en un contrat de mariage.

Remarquons que dans le cas de la substitution vulgaire, les enfants recueillent les biens *proprio jure*, et alors même qu'ils ont renoncé à la succession de l'époux institué. C'est le propre de toutes les substitutions (art. 962).

Si l'époux institué a eu plusieurs enfants, dont quelques-uns survivent au donateur, et d'autres prédécédés laissant des descendants, ces derniers, bien qu'ils soient au deuxième ou troisième degré, concourront avec les enfants survivants, et le partage se fera par souches et non point par têtes. Dans le cas d'un concours, la renonciation des uns, comme leur prédécès, ouvre le droit des autres (*c*).

Il faut toutefois noter qu'il ne s'agit pas ici des donations à cause de mort faites par l'un des époux à l'autre. De semblables donations deviendraient caduques par le prédécès de l'époux donataire (*d*), si les enfants ne sont expressément substitués à ce dernier.

3° *Par quel acte et en quels termes l'institution contractuelle peut être faite.*—Il n'y a qu'un seul acte où il soit possible de faire un don de succession par contrat, c'est le contrat de mariage. Ainsi que je l'ai dit, au début de cette section, les exceptions que le législateur décrète ne sont admises que lorsque la donation est faite par un contrat de mariage. Du reste, la donation à cause de mort ne peut se faire autrement

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 743.

(*b*) On le conteste en France à cause de la prohibition des substitutions. Conf. M. Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*

(*c*) Toutes ces solutions sont enseignées par Demolombe, t. 23, n°s 328, 329.

(*d*) Tel est le droit français moderne. Voy. l'art. 1093 du code Napoléon. Il y a contestation quant à la question de savoir si la substitution vulgaire pourrait être établie par une clause expresse du contrat. Voy. Sirey et Gilbert sur cet article, n° 1. Ce dernier point ne pourrait être contesté ici ; l'époux donateur pourrait établir, en faveur des enfants, soit une substitution vulgaire, soit une substitution fidéicommissaire.

entre vifs (art. 757, 758). Mais peu importent les termes dont on se sert, du moment que l'intention d'instituer contractuellement un héritier n'est pas équivoque. C'est ce que l'article 830 dit en ces termes :

830. " Les donations à cause de mort par contrat de mariage " peuvent être énoncées en termes de donation, d'institution " d'héritier, de constitution de dot ou de douaire, de legs, ou " sous tous autres termes qui manifestent la volonté du dona- " teur."

Cet article ne se trouve pas au code Napoléon, mais il ne sert qu'à mieux expliquer l'intention du législateur. Il va sans dire que l'emploi de semblables expressions n'exclut pas nécessairement une interprétation contraire, lorsque la volonté du donateur de donner autrement qu'à cause de mort est manifeste.

Mais que dire de la *promesse d'égalité*, que l'on désigne quelquefois sous les noms *d'assurance de part héréditaire* ou de *réserve à succession ?* Ainsi, un père a deux enfants : un fils et une fille. Il marie sa fille et le futur époux craint qu'il ne préfère plus tard son fils à sa fille. Et il obtient du père la promesse qu'il maintiendra l'égalité entre ses deux enfants. Cette promesse constitue-t-elle une institution contractuelle ?

La question est controversée en France (*a*). Ce qui cause la difficulté, c'est que cette promesse est préventive plutôt que dispositive. Ainsi, elle n'exclut pas, comme l'institution contractuelle proprement dite, la faculté du promettant de disposer de ses biens à titre gratuit, pourvu qu'il ne donne pas plus au fils qu'à la fille. S'il laisse une succession évaluée à $50,000, il peut léguer $40,000 à un étranger, à la condition qu'il partage également les $10,000 qui restent entre ses deux enfants; ou bien il peut tout laisser à un tiers, car alors le fils et la fille, n'ayant chacun rien, se trouvent traités d'une manière égale. Mais l'effet de la promesse d'égalité, c'est d'empêcher une disposition préciputaire en faveur de l'un des enfants du promettant, et cette considération a déterminé la plupart des auteurs à reconnaître dans cette promesse une institution contractuelle. Le plus qu'on pourrait dire, cependant, à mon avis, c'est que c'est une espèce d'institution contractuelle, ou une précaution plutôt qu'une institution contractuelle (*b*).

(*a*) Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 1082 C. N., nos 15 et suiv.

(*b*) C'est ainsi qu'on la caractérisait dans l'ancien droit. Voy. Demolombe, no 302.

Le promettant ne donne réellement rien, et l'effet le plus important de l'institution contractuelle, l'indisponibilité par dispositions à titre gratuit, n'existe qu'à l'égard des enfants du promettant. Il n'institue pas un héritier, il ne fait pas un don de succession ; il ne s'engage qu'à donner à l'un des enfants ce qu'il donnera à l'autre, mais il peut ne donner ni à l'un ni à l'autre. La promesse d'égalité n'a donc qu'un effet négatif ou relatif, puisqu'elle n'empêche que les dispositions préciputaires, et pour cette raison je préférerais ne pas la confondre avec l'institution contractuelle proprement dite. Du reste, les effets pratiques de cette promesse ne peuvent souffrir aucune difficulté. Libre de disposer de tous ses biens en faveur de tous autres que ceux qui sont nommés en la promesse d'égalité, le promettant n'a restreint sa liberté qu'à l'égard de ceux-ci. S'il ne fait aucune disposition quelconque, tous ses enfants hériteront également de ses biens en vertu du droit commun. S'il laisse tous ses biens à un étranger, cette disposition devra être respectée, mais s'il donne plus à l'un des enfants dénommés qu'à l'autre, sa disposition sera réductible de manière à rétablir l'égalité entre les deux. Cela étant, le nom dont on qualifierait cette disposition devient indifférent.

4° *Sur quels biens l'institution contractuelle peut porter.*—Elle peut comprendre toute la succession du donateur ou une partie, soit aliquote, comme le tiers ou le quart, soit une partie individuellement déterminée. Telle est la portée bien manifeste de l'article 818, *in fine,* et c'est ainsi qu'on interprète généralement l'article 1082 en France. L'institution contractuelle peut donc, comme le legs, être universelle, à titre universel ou à titre particulier (*a*). Nous avons vu ailleurs l'importance de cette distinction au point de vue du règlement des dettes du donateur.

5° *Effets de l'institution contractuelle.*—J'ai rapporté la définition d'Eusèbe de Laurière que l'institution d'héritier est un don irrévocable de succession. Puisque c'est un don de *succession,* il est clair qu'elle ne confère aucun droit *actuel* au donataire, mais seulement un droit *éventuel,* car c'est là le propre des droits successifs. Puisque c'est un don *irrévocable,* le donateur ne peut donner à un autre ce qu'il a déjà donné au

(*a*) Demolombe, n° 280. Dans la cause de *Boissy* v. *Daignault* (R.J.Q., 10 C. S., p. 33) la cour de revision, à Montréal, a jugé que la donation à cause de mort peut s'appliquer à des biens particuliers et déterminés à prendre dans la succession du donateur, aussi bien qu'à une partie aliquote de cette succession.

donataire, il ne peut faire d'autres donations au préjudice de celle qu'il a faite par le contrat de mariage (*a*). C'est du reste ce que porte le deuxième alinéa de l'article 823 qui est en ces termes :—

" La donation à cause de mort par le même acte est irrévo-
" cable en ce sens qu'à moins d'une cause de droit ou d'une
" condition résolutoire valide, le donateur ne peut la révoquer,
" ni disposer des biens donnés par donation entre vifs ni par
" testament, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de
" récompense au autrement. Il demeure cependant proprié-
" taire aux autres égards, et libre d'aliéner à titre onéreux et
" pour son propre avantage les biens ainsi donnés. Même si la
" donation à cause de mort est universelle, il peut acquérir et
" posséder des biens et en disposer sous les restrictions qui
" précèdent, et contracter autrement qu'à titre gratuit des
" obligations affectant les biens donnés (*b*)."

Cette disposition énonce clairement les effets de l'institution contractuelle. Ainsi, la donation à cause de mort n'entrave la liberté du donateur qu'à l'égard des actes à titre gratuit, donations ou testaments, et encore lui permet-on de faire des libéralités pour des sommes modiques à titre de récompense ou autrement. La modicité de la libéralité s'apprécie suivant la fortune du donateur, car ce qui serait modique pour un homme très riche serait excessif pour un homme pauvre. D'ailleurs, la libéralité peut être à titre de récompense ou autrement, par exemple pour cause pie ou comme présent d'usage, ce qui laisse au tribunal une grande latitude d'appréciation (*c*).

Quant aux actes à titre onéreux, le donateur a pleine liberté. Peu importe qu'en vendant ou en hypothéquant ses biens il rende la donation inefficace ; il n'a conféré qu'un droit de succession au donataire et ce dernier prendra cette succession dans l'état où elle se trouvera à la mort du disposant. Il est dans la même position qu'un héritier et court les mêmes risques.

On décide même que le donateur ne peut pas s'interdire la faculté de disposer à titre onéreux des biens donnés à cause

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 745.

(*b*) Cet article est plus explicite mais au même effet que l'article 1083 du code Napoléon.

(*c*) On décide que le juge peut réduire la disposition si elle est seulement excessive, ou l'annuler si elle est faite en dehors de la limite déterminée par la loi. Voy. Demolombe, nº 318.

de mort. Voy. Demolombe, t. 23, nº 314 ; Laurent, t. 15, nº 215. Ce point est toutefois contesté par quelques auteurs (*a*). Mais la réserve de pouvoir disposer à titre gratuit ne serait pas nulle, car, comme nous l'avons vu, le donateur peut ne s'obliger que sous une condition potestative (*b*).

L'instituant peut d'ailleurs aliéner ses biens à charge d'une rente viagère, sauf à déterminer si la disposition n'est pas réellement à titre gratuit. Du reste, l'institué peut toujours attaquer une aliénation prétendue faite à titre onéreux, en démontrant que la considération de l'acte n'était que simulée et que cet acte était réellement à titre gratuit (*c*).

Quels sont les droits de l'institué soit avant soit après la mort du donateur ?

Première hypothèse.—Le donateur vit encore.—On répond qu'il faut distinguer entre le titre et l'émolument ; le premier est irrévocable, l'émolument au contraire ne peut être connu qu'au décès de l'instituant. En effet, le donataire n'a qu'un droit éventuel pendant la vie du donateur. Il s'ensuit qu'il ne peut aliéner les biens donnés et que ses créanciers ne peuvent les saisir ; il ne peut, pendant la vie du donateur, attaquer les actes à titre gratuit que ferait ce dernier, il ne serait même pas recevable à prendre à l'égard des biens compris dans la donation des mesures conservatoires (*d*).

On ajoute—mais ici il y a dissidence—que l'institué ne peut céder, pendant la vie du donateur, son titre, c'est-à-dire son droit éventuel, ni même y renoncer. Ce serait, dit-on, renoncer à la succession d'un homme vivant ou aliéner les droits éventuels qu'on y peut prétendre (art. 658) (*e*).

Mais en notre droit, à la différence du droit français, il est permis de faire cette renonciation ou cette aliénation dans un contrat de mariage (art. 658). Est-ce à dire que l'institué pourra comparaître dans un contrat de mariage subséquent et renoncer au droit éventuel qui lui a été conféré par le premier contrat ? J'avoue que la chose me paraît plus que douteuse. En

---

(*a*) Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 1083, nº 17.

(*b*) Demolombe, nº 320.

(*c*) Demolombe, nº 312.

(*d*) Demolombe, nºˢ 322 et 323. Ce dernier point toutefois est contesté par MM. Aubry et Rau, t. 8, § 739, note 64.

(*e*) Demolombe, nº 324.

effet, ne serait-ce pas là changer le premier contrat, en dépit de la prohibition de l'article 1265 (*a*) ?

Deuxième hypothèse.—Le donateur est décédé.—Ce décès donne ouverture au don de succession qui a été fait par le contrat de mariage de l'institué. Si la donation a été faite en faveur de l'un des époux et que ce dernier soit prédécédé, laissant des enfants issus du mariage qui vivent encore à la mort du donateur, ces derniers, alors même que l'autre époux survivrait, recueilleront le bénéfice de l'institution. La même décision s'appliquerait dans le cas où les deux époux institués conjointement sont tous deux prédécédés, laissant des enfants nés de leur mariage (art. 829, 1er al.).

Si les époux ont été institués conjointement, il y aura accroissement en faveur de l'époux survivant, à l'exclusion des enfants (*b*).

Jurisprudence.—Je puis rapporter ici—puisqu'il s'agit des effets de l'institution contractuelle—quelques arrêts de nos tribunaux.

Dans la cause de *Cahill* & *Hachette* (7 R. L., p. 513), la cour d'appel a jugé que la donation, dans un contrat de mariage, de tous les meubles que le donateur laissera à son décès dans une maison y désignée, deviendra caduque si le donateur vend ces meubles. Cela n'est que la conséquence directe de l'article 823.

Dans la cause de *Beauchemin* v. *Desilets* (10 R. L., p. 323), le juge Gill a décidé que l'institué, dans une donation à cause de mort faite par deux époux dans le contrat de mariage de l'institué, ne peut être poursuivi hypothécairement au sujet d'un immeuble appartenant au donateur, s'il est stipulé dans la donation que le survivant des donateurs restera en possession jusqu'à son décès, l'institué n'étant considéré en possession qu'après le décès du survivant des donateurs, quoique l'immeuble, au sujet duquel il est poursuivi hypothécairement, soit un conquêt de la communauté des donateurs, ou bien la propriété pour partie du donateur décédé.

La cour d'appel a jugé, dans la cause de *Workman* & *Mulholland* (10 R. L., p. 412), que la donation par contrat de mariage par le futur époux à la future épouse, du tiers des biens meubles et immeubles qui appartiendraient à l'époux lors de

(*a*) On discute en France la question de savoir si l'instituant peut légalement conférer à l'institué une hypothèque sur les biens donnés à cause de mort, pour le garantir contre des dispositions à titre gratuit. Demolombe (no 324 *bis*) en doute et la négative a été jugée.

(*b*) Demolombe, no 326.

son décès, si la future épouse lui survit, ne peut faire l'objet d'une réclamation lors de la faillite du mari.

Remarquons toutefois que le juge Taschereau a décidé, dans la cause de *Viger* v. *Kent* (16 R. L., p. 565), qu'une donation faite par contrat de mariage, par un mari à son épouse mariée sous le régime de la séparation de biens, " d'une somme de $2,000 qu'elle prendra sur les biens les plus " clairs du mari, soit au décès de ce dernier, ou qu'il en soit " ordonné par la cour," n'est pas seulement un gain de survie, mais un avantage matrimonial qui, par les termes mêmes du contrat, peut être réclamé du vivant du mari, si les circonstances financières de ce dernier justifient le tribunal de faire droit à la réclamation de la femme. Il est clair que ce n est là qu'un arrêt d'espèce.

Je puis ajouter que le juge Larue a jugé, dans la cause de *Morin* v. *Bédard* (17 Q. L. R., p. 30), que la stipulation dans un contrat de mariage par laquelle " le futur époux fait dona- " tion entre vifs à la future épouse d'une somme de $4,000," ne donne pas seulement droit à un gain de survie, mais à un avantage matrimonial qui peut être réclamé du vivant même du mari. Il n'est pas douteux que telle donation est une donation de biens présents.

Dans la cause de *Boissy* v. *Daignault* (R. J. Q., 10 C. S., p. 33), simple arrêt d'espèce, il s'agissait de savoir si une donation de l'usufruit de biens déterminés constituait une donation de biens présents ou de biens à venir, et le tribunal, voyant dans la donation une institution contractuelle, n'a fait que donner application à l'article 823 et a annulé une saisie conservatoire par laquelle le donataire voulait empêcher le donateur de vendre les biens sujets à son usufruit.

La décision de la cour de revision à Québec, dans la cause de *Dufresne* v. *Fiset et al.* (R. J. Q., 11 C. S., p. 167), est également un arrêt d'espèce. Le tribunal y a jugé qu'une police d'assurance, comprise dans une donation à cause de mort faite par un mari à sa femme, par leur contrat de mariage, ne pouvait être transférée par le mari à titre onéreux ou à titre gratuit en fraude des droits de sa femme.

Dans la cause de *Ferland* v. *Savard & Robitaille* (R. J. Q., 11 C. S., p. 404), le juge Andrews a jugé que la donation de biens à venir entre mari et femme, par contrat de mariage, est illégale comme constituant un moyen détourné d'autoriser des avantages entre vifs entre époux. Il s'agissait de savoir si une femme—à qui son mari avait fait donation par contrat

de mariage de certains biens meubles présents mentionnés dans l'acte et des biens meubles que le mari pourrait acquérir, la donation étant faite par une seule et même disposition— pouvait faire distraire, d'une saisie dirigée contre le mari, des meubles que ce dernier avait acquis postérieurement au mariage, et le tribunal a renvoyé l'opposition quant à ces meubles (*a*). Il me semble que cet arrêt va trop loin. Je crois que quand des biens à venir suffisamment désignés, d'ailleurs, sont donnés par contrat de mariage, la donation est valable et qu'il ne reste qu'à en déterminer les effets. A mes yeux, l'article 819 permet au mari de faire à sa femme, par leur contrat de mariage, une donation de biens à venir, mais l'effet de telle donation est de ne point conférer à la femme un droit actuel aux biens donnés, de manière à l'autoriser à les revendiquer sur la saisie faite contre le mari ; elle ne peut exercer ses droits qu'à la mort de ce dernier. Telle aurait été du reste la portée d'une décision du juge en chef, sir L. N. Casault, dans une cause de *Boivin* v. *Coulombe & Turgeon*, que l'arrêtiste rapporte dans une note à l'arrêt cité plus haut. Et je trouve une décision conforme du même juge dans une cause de *Prince* v. *Barrington & Tidman* (3 R. de J., p. 481), où il a été jugé qu'une donation par un mari à sa femme, par contrat de mariage, de tous les meubles et effets de ménage pouvant appartenir au mari, ne vaut vis-à-vis des tiers qu'autant qu'il y a eu saisine actuelle, c'est-à-dire que les meubles et effets de ménage existent au moment de la donation. Dans l'espèce, encore, la femme invoquait la donation de biens futurs du vivant de son mari à l'encontre d'une saisie dirigée contre ce dernier.

D'ailleurs, dans la cause de *Demers* v. *Blackstock* (R. J. Q., 12 C. S., p. 43), nous trouvons l'application de ce dernier principe. La cour de revision, à Montréal, y a jugé que la donation de biens à venir par un mari à sa femme dans leur contrat de mariage, est une donation à cause de mort qui ne prendra effet qu'au décès du mari ; et que la femme à qui telle donation est faite, n'est pas le propriétaire d'objets acquis par le mari depuis le mariage et ne peut empêcher qu'ils ne

(*a*) J'ai publié cette section dans *La Revue Légale* t. 3, pp. 169 et suiv. et parlant de cette cause, j'ai exprimé un doute sur l'exactitude du rapport. J'ai communiqué mon article à M. le juge Andrews, en le priant de me dire si j'avais bien saisi sa pensée. L'honorable juge a bien voulu m'expliquer la portée de sa décision, et le passage ci-dessus est modifié en conséquence.

soient saisis et vendus à la poursuite des créanciers du mari. Dans l'espèce il s'agissait d'une donation universelle de biens présents et à venir.

6° *De l'ouverture de l'institution contractuelle.*—L'institution contractuelle étant un don de succession, il s'ensuit que, comme les successions, elle s'ouvre à la mort de l'instituant, et elle s'ouvre au profit des héritiers contractuels qui, de même que les héritiers ordinaires, ne peuvent en recueillir le bénéfice que s'ils existent au moment de l'ouverture. Cependant, comme nous l'avons vu, leurs enfants issus du mariage leur sont vulgairement substitués, mais s'ils sont eux aussi prédécédés, l'institution devient caduque.

Quand l'institution est ouverte, l'institué peut comme l'héritier l'accepter ou la répudier, ou ne l'accepter que sous bénéfice d'inventaire ; l'acceptation qu'il aurait faite de la donation n'est pas un obstacle à la répudiation de la succession, car il n'a accepté que la qualité d'héritier présomptif (*a*). Il en est de même de ses enfants quand il est prédécédé.

Il n'est pas douteux que l'institué peut répudier l'institution, sans affecter son droit de succession *ab intestat* de l'instituant, lorsqu'il est son héritier. Remarquons toutefois que Lebrun (*b*) enseignait que lorsque l'héritier présomptif avait été institué sous certaines charges, il ne pouvait répudier l'institution pour n'accepter que la succession *ab intestat*, car alors il y aurait dol de sa part (*c*).

J'ai dit plus haut que la renonciation de l'un des enfants profitera aux autres, que les enfants acquièrent les biens *proprio jure*, que si les descendants sont à des degrés inégaux ils se partagent les biens par souches. L'institué est obligé de respecter les aliénations à titre onéreux ; il peut au contraire revendiquer les biens donnés à titre gratuit, et dans les cas où cette action ne serait pas possible, à cause de la nature de la chose donnée, comme une somme d'argent, il aurait une action personnelle en restitution contre le donataire de cette chose. Ces actions dureraient trente ans à compter du décès de l'instituant (*d*). J'ai expliqué ailleurs l'obligation de l'institué qui accepte l'institution de payer les dettes de l'instituant (*e*).

(*a*) Demolombe, n° 331 ; M. Baudry-Lacantinerie, n° 746.

(*b*) *Successions*, liv. 3, ch. 2, n° 40.

(*c*) Comp. Demolombe, n° 332.

(*d*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 747.

(*e*) *Supra*, p. 204.

7° *De la caducité de l'institution contractuelle.*—Cette caducité peut arriver de trois manières :

1° Le mariage n'a pas été célébré (art. 822).

2° Le mariage a été célébré, mais le donateur a survécu au donataire et à sa postérité. En effet, le deuxième alinéa de l'article 829 porte que " la donation devient caduque si lors " du décès du donateur les époux ou l'époux avantagés sont " décédés et s'il n'y a pas d'enfants." L'article 1089 du code Napoléon se sert du mot *postérité,* et c'est ainsi qu'on doit interpréter notre article, car, comme le dit l'article 980—qu'on peut appliquer en ce cas, comme en celui de la prohibition d'aliéner ou de la substitution, puisqu'il y a ici substitution vulgaire—le terme *enfant* s'applique à tous les descendants. Il n'est question, bien entendu, que des enfants issus du mariage et de leurs descendants ; la présence d'un enfant né d'un autre mariage n'empêcherait pas la caducité de l'institution.

3° Enfin l'institution contractuelle devient caduque par la renonciation de l'institué et de tous ses descendants.

8° *Des différences entre l'institution contractuelle et la donation testamentaire.*—Il y a entre le *legs contractuel* et le *legs testamentaire* bien des points de ressemblance (comp. l'art. 597). Toutefois il ne faudrait pas les confondre car des différences essentielles les séparent. Ainsi :

1° L'institution contractuelle est un contrat véritable ; le testament, au contraire, n'est que la déclaration d'un homme quant à la disposition de ses biens ;

2° L'instituant perd le droit de disposer à titre gratuit ; le testateur peut disposer, soit à titre gratuit soit à titre onéreux, des biens légués ;

3° Le premier ne peut enlever à l'institué le titre qu'il lui confère ; le second, au contraire, reprendra ce titre à son gré ;

4° Le mineur peut faire une institution contractuelle (art. 713, 1006, 1267) (*a*) ; il ne peut tester (art. 833) (*b*) ;

5° Dans l'institution contractuelle il y a substitution vulgaire en faveur des enfants de l'institué, sans stipulation à cet égard, quand, après le décès de l'institué, ils survivent à l'instituant (art. 829) ; cette substitution n'existe pas, sans une stipulation formelle, dans le cas d'un legs testamentaire, et le prédécès du légataire, qu'il laisse ou non des descendants, rend le legs caduc (art. 900).

(*a*) Il en est autrement en France d'après l'art. 904 du code Napoléon.

(*b*) En France, le mineur âgé de seize ans peut tester (art. 904, C. N.).

III. De la donation cumulative des biens présents et à venir.— Nous avons vu que l'institution contractuelle, bien qu'elle confère certains avantages à l'institué—entre autres, ceux de lui assurer la qualité d'héritier de l'instituant, et d'empêcher qu'il ne soit dépouillé par un donataire entre vifs ou testamentaire ou par un héritier du sang, en un mot de le protéger contre les libéralités qu'on pourrait arracher à la faiblesse ou à la complaisance de l'instituant—ne lui confère en définitive qu'un droit incertain, puisque l'instituant peut dissiper ses biens ou se ruiner par de folles spéculations. C'est là le côté désavantageux de l'institution contractuelle, et, toujours dans le but de favoriser le mariage, la loi a permis de fortifier cette disposition en assurant au donataire la propriété au moins des biens que le donateur possède lors de la donation, sans qu'il soit en même temps tenu des dettes que le donateur pourrait contracter par la suite. Lorsque la donation présente cette modalité, c'est-à-dire quand elle porte cumulativement sur les biens présents et à venir du donateur, elle confère au donataire, en même temps qu'un droit irrévocable à la succession du donateur, la faculté de s'en tenir aux biens donnés comme présents et d'échapper ainsi à l'obligation de payer les dettes futures du donateur. En un mot, elle garantit le donataire contre la faillite possible du donateur et lui assure la possession des biens qui formaient, lors de la donation, le patrimoine de ce dernier (*a*).

Notre code a omis de définir cette donation cumulative de biens présents et à venir, et pour cette raison il faut interroger l'ancien droit pour en connaître la nature précise.

L'un des faits les plus remarquables de l'histoire de l'ancien droit français, c'est la lutte qui s'engagea entre les champions des idées romaines au midi de la France, pays de droit écrit, et les adhérents des idées françaises dans les provinces du nord, dites pays coutumiers. La donation à cause de mort ne fut acceptée qu'à regret par les premiers, tandis qu'elle prit facilement droit de cité dans les pays coutumiers. La donation cumulative de biens présents et de biens à venir fut admise par les deux législations, et de part et d'autre on reconnut qu'elle ne formait qu'une seule donation comprenant les deux espèces de biens.

(*a*) Si la donation est à titre universel ou à titre particulier, le donateur prendra la catégorie de biens ou la chose déterminée comprise dans la donation.

Mais si on partait du même principe on ne s'entendait guère sur son application. Dans les pays du droit écrit on disait que la donation comprend *les biens à venir* de la même manière que *les biens présents*, or les biens présents étant donnés actuellement, de telle sorte que le donateur, qui ne s'en était pas réservé l'usufruit, devait les délivrer immédiatement au donataire, il s'ensuivait que les biens à venir étaient donnés actuellement et le donateur devait en faire la délivrance au donataire au fur et à mesure des acquisitions. Le donataire avait donc, dans tous les cas, droit aux uns et aux autres, sans distinction ni division. Dans les pays coutumiers, au contraire, on répliquait que la donation comprend *les biens présents* de la même manière que *les biens à venir*, or les biens à venir n'étant donnés que pour l'époque de la mort du donateur, sous la condition de la survie du donataire, on en déduisait la conséquence que le donataire n'était saisi ni des uns ni des autres du vivant du donateur, et qu'il devait, au décès de celui-ci, les accepter tous ou les répudier tous, sans distinction ni division. Donc d'après la première doctrine, la donation cumulative était transformée en une donation universelle de *biens présents*, et les biens présents absorbaient les biens à venir ; d'après la seconde opinion, la donation devenait une donation universelle de *biens à venir*, et les biens à venir absorbaient les biens présents.

Cependant, ce principe de l'indivisibilité de la donation, dont on tirait des conséquences si contradictoires, était erroné, et on finit de part et d'autre par reconnaître qu'il fallait tenir compte des deux éléments dont se compose la donation cumulative. Mais cette nouvelle prémisse posée, on se sépara de nouveau quand il fallut en déterminer les conséquences.

Dans les pays de droit écrit, on soutenait que la donation cumulative renferme réellement deux donations distinctes et que chacune de ces deux donations étaient régie par les règles qui lui étaient propres. Il en résultait que la donation cumulative n'était parfaite qu'à l'égard des biens présents, dont le donataire prenait immédiatement possession, mais à l'égard des biens à venir, la donation n'acquérait sa perfection qu'au décès du donateur, et son exécution était suspendue jusqu'à ce moment. Dans les pays de coutume on se refusait à scinder la disposition ; elle comprend, disait-on, les biens présents et les biens à venir, mais elle les comprend cumulativement. On ne doit tenir compte de ces deux éléments que quant à l'exécution de la donation. La division de la donation consiste en l'option

offerte au donataire entre les biens présents seulement et les biens présents et à venir ensemble, et cette option ne pouvant être exercée, quant aux biens à venir, qu'après la mort du donateur, il s'ensuit que tout l'effet de la donation est suspendu jusqu'à cette époque. Et Pothier (*a*), qui résumait le dernier état de la jurisprudence française, enseignait qu'il est au choix du donataire, au décès du donateur, de prendre la donation en entier, en se chargeant de toutes les dettes du donateur, tant celles faites avant que depuis la donation, ou de se restreindre aux biens qu'avait le donateur à l'époque de la donation, en assumant seulement la charge des dettes qui existaient alors (*b*).

C'est cette dernière doctrine que consacrent les articles 1084 et 1085 du code Napoléon, avec cette addition toutefois qu'il doit être annexé à la donation un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation, et lorsque cet état n'a pas été préparé, le donataire est obligé d'accepter ou de répudier la donation pour le tout ; en cas d'acceptation, il ne peut réclamer que les biens qui existent au jour du décès du donateur, et il est soumis au paiement de toutes les dettes et charges de la succession du donataire Le motif de cette addition paraît avoir été de faciliter l'option du donataire et d'éviter la nécessité de preuves difficiles et les procès qui pourraient s'ensuivre.

Il est à peine nécessaire de nous demander quel système de jurisprudence a été accueilli dans notre droit. Nous n'avions rien de commun avec les pays de droit écrit ; la doctrine des pays coutumiers, telle qu'énoncée par la coutume de Paris, était notre droit commun, et c'est donc le dernier état du droit coutumier qui nous régissait à l'époque de la codification.

J'ajoute que c'est cette doctrine que notre code consacre, bien qu'il n'ait pas défini d'une manière spéciale la donation cumulative de biens présents et de biens à venir. Mais il en trace bien clairement les effets. Ainsi, l'article 827 (*c*) porte que, dans la donation cumulative de biens présents et à venir, le donataire peut, après le décès du donateur et tant qu'il n'a pas autrement accepté la donation à cause de

(*a*) *Introd. à la coutume d'Orléans*, tit. 15, nº 26.

(*b*) J'emprunte cette esquisse historique, que j'ai toutefois abrégée, à Demolombe, t. 23, nº 342. L'article 17 de l'ordonnance de 1731 paraît avoir adopté la doctrine des pays coutumiers dans son dernier état.

(*c*) J'ai expliqué cette disposition, *supra*, p. 207.

mort, se décharger des dettes du donateur autres que celles dont il est tenu à cause de la donation entre vifs, en renonçant à la donation à cause de mort, pour s'en tenir aux biens donnés comme présents. Donc, le donataire a une option à exercer au décès du donateur ; il peut, ou bien accepter toute la donation dans son ensemble, ou bien ne prendre que les biens présents et répudier la donation quant aux biens à venir, ou enfin renoncer à la donation tout entière. Dans le premier cas il paie toutes les dettes du donateur, dans le second il n'assume que celles qui existaient au moment de la donation ; enfin, dans le troisième cas il est déchargé des unes et des autres (*a*). Il s'ensuit que l'effet de la donation est suspendu jusqu'au décès du donateur et que jusqu'à ce moment le donataire ne peut réclamer même les biens donnés comme présents.

Donc, la donation cumulative n'est pas une donation de biens présents plus une donation de biens à venir, ce qui entraînerait la conséquence que le donataire serait immédiatement saisi des biens donnés comme présents (*b*), mais c'est une donation unique comprenant cumulativement les deux espèces de biens. Ce n'est qu'une variante de l'institution contractuelle (*c*).

En d'autres termes, ce n'est avant tout qu'une institution contractuelle par laquelle le donateur appelle le donataire à recueillir, après sa mort, tous les biens qu'il laissera à cette époque, ses biens présents comme ses biens à venir. Mais la donation cumulative, *complexe* en même temps qu'*une*, contient un perfectionnement que ne possède pas la donation qui ne porte que sur les biens à venir. Dans celle-ci le donataire n'a aucune option à exercer ; il ne peut qu'accepter ou répudier la donation pour le tout. Dans la donation cumulative de biens présents et à venir, au contraire, le donataire peut, à la mort du donateur, s'en tenir aux biens présents, et répudier la donation quant aux biens à venir. S'il accepte la donation tout entière, cette donation demeure ce qu'elle était d'abord, une donation de biens à venir. Elle n'est divisible qu'après la mort du donateur, mais cette divisibilité n'empêche pas que

(*a*) Cette question de la responsabilité du donataire des dettes du donateur, lorsque la donation comprend cumulativement des biens présents et à venir, a été traitée *supra*, p. 204.

(*b*) Rien n'empêcherait les parties de lui donner ce caractère par une stipulation expresse. Voy. Demolombe, nº 347.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 753.

la donation a toujours été à cause de mort, car la faculté d'option que la loi accorde au donataire, n'est qu'une partie subsidiaire et accessoire d'une donation dont le caractère principal et prédominant est d'être une donation de biens à venir. C'est donc toujours un don de succession, mais le donataire a la faculté de prendre la succession—si je puis m'exprimer ainsi—dans l'état où elle se serait trouvée si le donateur fût mort au moment même de la donation (*a*).

Nous connaissons maintenant la nature de la donation cumulative de biens présents et à venir. Il nous sera donc facile d'en indiquer les effets :

1° Pendant la vie du donateur, le donataire n'a aucun droit aux biens donnés, même à ceux donnés comme présents. Le donateur en conserve la pleine et entière propriété, et il peut en disposer, sauf les droits éventuels du donataire.

2° Après la mort du donateur, le donataire exercera ou n'exercera pas la faculté que la loi lui accorde. S'il l'exerce, il pourra attaquer les aliénations ou les charges que le donateur a consenties après la donation sur les biens qu'il possédait à l'époque de la donation, que ces aliénations ou charges fussent à titre gratuit ou à titre onéreux. Si, au contraire, le donataire n'exerce pas d'option et accepte la donation tout entière, il ne pourra attaquer que les aliénations et charges consenties à titre gratuit ; il subira celles que le donateur a contractées à titre onéreux.

3° Les descendants du donataire lui sont vulgairement substitués pour le cas où il ne survivrait pas au donateur, et la donation devient caduque lorsque le donateur survit au donataire et à sa postérité. Il est vrai que l'article 829, qui établit cette substitution vulgaire et décrète cette caducité, ne s'applique dans ses termes qu'à la donation à cause de mort, mais nous avons vu que la donation cumulative n'est qu'une variante de l'institution contractuelle. La donation des biens présents n'est que l'accessoire de la donation des biens à venir, et ce qui est vrai du principal, l'est également de l'accessoire. C'est du reste ce qu'on enseignait dans l'ancien droit (*b*).

(*a*) Voy. Demolombe, n° 348.

(*b*) Rousseau de Lacombe, v° *Donations*, sec. 7, parlant de la donation cumulative, disait : "Il faut que le donataire survive, sans quoi la donation n'est valable que pour les enfants du mariage, et devient caduque quant aux autres héritiers du donataire."

Voy. aussi Demolombe, n° 352, et les autorités de l'ancien droit qu'il cite.

Donc, si le donataire est prédécédé, ses enfants pourront exercer à sa place l'option que la loi lui donne, s'en tenir aux biens présents ou accepter la donation tout entière ou la répudier. Mais que décider lorsqu'ils ne s'entendent pas sur l'exercice de cette faculté ?

Demolombe (n° 353) répond que chacun des enfants étant, pour sa part, personnellement donataire, pourrait prendre, pour cette part, le parti qu'il lui paraîtrait le plus avantageux.

Il est vrai que dans un cas qui présente quelques points d'analogie avec celui qui nous occupe, le cas de la succession transmise (art. 649), la loi décide que lorsque les héritiers auxquels une succession a été transmise par le décès de l'héritier mort sans prendre parti, ne sont pas d'accord pour accepter ou pour répudier la succession, elle est censée acceptée sous bénéfice d'inventaire.

Mais je ne vois pas en quoi l'acceptation sous bénéfice d'inventaire pourrait améliorer la position du donataire ou de ses héritiers qui, après inventaire fait, ont toujours la faculté de renoncer à la donation, même lorsqu'ils ont disposé des biens donnés ou les ont confondus avec les leurs (art. 826). Il me semble qu'il faudrait un texte formel pour étendre la présomption de l'art. 649 au cas qui nous occupe (a).

§ III.—*Des donations que des tiers, parents ou non des époux, ou que les époux eux-mêmes font à des tiers, parents ou non.*

Dans le paragraphe qui précède, il a été question des donations faites aux époux ou aux enfants à naître du mariage. Il faut maintenant faire un pas de plus et nous occuper de la troisième hypothèse que j'ai prévue plus haut, c'est à-dire le cas où la donation est faite à des tiers, parents ou non des époux. C'est la faveur du mariage qui a fait accueillir ces donations dans notre droit, alors qu'en France elles ne bénéficient pas des dispositions spéciales admises quant aux donations par contrat de mariage. Il y a lieu de distinguer ici la donation de biens présents, celle de biens à venir et la donation cumulative de biens présents et à venir.

(a) Il y a une disposition identique à notre article 649 dans l'article 782 du code Napoléon, et l'on n'a pas proposé de l'étendre au cas actuel. De fait, cette disposition, je l'ai dit en mon tome 3, p. 390, manque de logique et on doit la restreindre au cas prévu.

I. De la donation de biens présents.—Il n'est pas douteux que des tiers peuvent être gratifiés d'une donation de biens présents par contrat de mariage, puisqu'on peut la leur faire par tout autre acte. Seulement, quand cette donation est faite dans un contrat de mariage, elle est susceptible des conditions spéciales qui sont exceptionnellement permises à la faveur du mariage. Il n'en est pas ainsi en France.

Le premier alinéa de l'article 820 énonce, en ces termes, le droit des tiers de recevoir par une donation faite dans un contrat de mariage, en même temps que le motif qui leur a fait reconnaître ce droit :

820. " A cause de la faveur du mariage et de l'intérêt que " les futurs époux peuvent avoir aux arrangements faits en " faveur des tiers, il est loisible aux parents, aux étrangers et " aux futurs époux eux-mêmes, de faire en un contrat de ma- " riage où les futurs époux ou leurs enfants sont avantagés " par le même donateur, toutes donations de biens présents à " des tiers, parents ou étrangers."

La condition que le législateur pose c'est que le donateur, qui gratifie un tiers, avantage les époux ou l'un d'eux ou leurs enfants (*a*). En principe, la faveur des donations par contrat de mariage ne s'étend qu'à ceux qui se marient sur la foi de ce contrat et en exécution de l'engagement qu'ils y ont contracté, et aux enfants qui naîtront de leur mariage. Mais comme les époux peuvent avoir intérêt aux arrangements de famille faits en faveur des tiers — car il peut arriver que le donateur ne leur ferait pas une donation irrévocable s'il ne pouvait en même temps gratifier ses autres enfants ou même des tiers—la loi a permis exceptionnellement, à la condition que le donateur avantage les futurs époux ou l'un d'eux ou leurs enfants, qu'il fasse en même temps une donation à des tiers parents ou non des époux et parents ou non du donateur. Il ne s'agit pas ici d'une substitution en vertu de laquelle l'époux ou l'enfant avantagé serait tenu de rendre, à un tiers, les biens donnés — quoiqu'une telle stipulation serait valable —ni même d'une clause d'association en vertu de laquelle un tiers serait associé pour une certaine quotité à une donation faite aux époux ou à leurs enfants (*b*), mais la loi a entendu

---

(*a*) Par *enfants* des époux, il faut entendre ceux à naître du mariage.

(*b*) Je reviendrai sur cette clause d'association quand j'aurai à parler de l'institution contractuelle faite par un ascendant en faveur des frères et sœurs de l'époux avantagé.

autoriser et faire bénéficier de la faveur des donations par contrat de mariage, une donation distincte faite en faveur des tiers. Les termes de notre article ne permettent pas de douter de la validité de la donation d'un immeuble faite à un tiers dans un contrat de mariage par lequel le donateur ferait aux époux, ou à l'un d'eux, ou à leurs enfants, la donation d'un autre immeuble. Une telle donation de biens présents serait non seulement valide, mais, comme toute autre donation par contrat de mariage, elle serait susceptible de réserves, de conditions ou de stipulations prohibées dans les donations entre vifs ordinaires. En l'absence de telles conditions ou réserves, la donation de biens présents demeure irrévocable, sous la condition que le mariage sera célébré (art. 822).

Mais sous un rapport cette donation est plus irrévocable que la donation entre vifs ordinaire. Dans celle-ci, sauf le cas du don manuel, le donateur n'est obligé, ou plutôt il n'y a point de donation, tant que le donataire n'a pas accepté la libéralité qui lui est offerte (art. 787). Si un délai n'a pas été accordé au donataire pour accepter, le donateur peut, puisqu'il n'est lié que par l'acceptation du donataire, révoquer immédiatement l'offre qu'il lui a faite, et ce dernier ne pourra plus tard prétendre accepter une libéralité qui a été rétractée. Même le donateur peut disposer librement de la chose offerte et le donataire ne peut la revendiquer contre l'acquéreur, puisque le donateur n'en avait pas été dessaisi, ni recourir contre le donateur lui-même, puisque ce dernier n'était pas lié à son égard en l'absence d'acceptation.

La même liberté n'est pas accordée au donateur de biens présents par contrat de mariage. Lorsqu'il s'agit d'une donation faite aux époux ou aux enfants à naître du mariage, il ne peut être question de révocation, car, dans ce cas, l'acceptation se présume (art. 788). Mais même quand la libéralité est faite à un tiers qui n'a pas accepté, le donateur ne peut rétracter la donation et cette donation reste irrévocable. C'est la disposition expresse du premier alinéa de l'article 823 qui est en ces termes :

" Le donateur de biens présents par contrat de mariage ne " peut révoquer la donation, même en ce qui concerne les tiers " donataires qui n'ont pas encore accepté, si ce n'est pour " cause de droit ou par suite d'une condition résolutoire vali- " dement stipulée."

Cette disposition exceptionnelle a été dictée, disent les codificateurs, par suite de l'intérêt présumé des époux aux dona-

tions qui ont été faites à des tiers. Ajoutons que de sa nature le contrat de mariage est irrévocable et ne peut être changé après la célébration du mariage (art. 1265).

Mais le donateur peut-il révoquer la donation, à l'égard du tiers qui n'a pas accepté, dans l'intervalle entre le contrat de mariage et la célébration du mariage ? Il faut décider que non. Nous avons vu que la donation par contrat de mariage est toujours censée faite sous la condition suspensive de la célébration du mariage et que l'accomplissement de cette condition produit un effet rétroactif au jour de la donation même. Il est vrai que le contrat de mariage peut être changé avant la célébration du mariage, en présence et du consentement de tous ceux qui étaient présents à ce contrat et qui y ont intérêt (art. 1266). Mais ici, quoique le donataire n'ait pas été présent au contrat, il s'agit d'une disposition conditionnelle faite en sa faveur, et si le donataire qui n'a pas accepté conserve le bénéfice de cette disposition quand la condition s'est accomplie, il doit en être de même dans l'intervalle de temps qui a précédé la célébration du mariage. En d'autres termes, le donataire même non acceptant acquiert un droit conditionnel, et l'effet de l'accomplissement de cette condition remontant au jour même du contrat, la donation doit être regardée comme ayant été parfaite dès ce jour, et le donataire comme ayant toujours été saisi des biens donnés, même à l'époque où le donateur a prétendu révoquer la donation. D'ailleurs les articles 822 et 823 ne distinguent pas et l'article 821 donne à ces tiers la faculté d'accepter *avant* ou *après* le mariage.

Remarquons toutefois que si le tiers donataire peut valablement accepter la donation avant ou après le mariage, son acceptation doit de toute nécessité intervenir du vivant du donateur. La donation de biens présents par contrat de mariage, est—l'article 821 le dit formellement—sujette comme toutes autres à l'acceptation entre vifs. Le sens du premier alinéa de l'article 823 est donc que le fait que le tiers donataire aurait négligé d'accepter n'autorisera pas le donateur à révoquer cette donation. Mais si le donateur décède avant que cette acceptation lui soit signifiée, la donation deviendra caduque, puisqu'elle était sujette à l'acceptation entre vifs et que cette condition ne peut plus s'accomplir. Tant que vivra le donateur, le donataire peut valablement accepter, et cette acceptation lie définitivement le donateur même s'il décède avant la célébration du mariage (art. 822).

La donation peut être révoquée, aux termes du premier alinéa de l'article 823 : 1° pour cause de droit, c'est-à-dire pour cause d'ingratitude (*a*) qui est la seule cause légale de révocation de donations dans notre droit, les autres causes devant être stipulées ; 2° par suite d'une condition résolutoire validement stipulée. Les conditions potestatives étant admises ici, le donateur peut se réserver le droit de révoquer la donation si une condition de ce genre se réalise (*b*). En l'absence de telles conditions ou de causes de droit, la donation demeure irrévocable, pourvu qu'elle soit acceptée par le tiers donataire du vivant du donateur. Il s'ensuit, puisque le donateur ne peut la révoquer directement, que l'aliénation qu'il ferait de la chose donnée avant l'acceptation du tiers donataire serait sans effet si la donation est ensuite acceptée du vivant du donateur. Si faute de cette acceptation, la donation devient caduque, l'aliénation me paraîtrait devoir être respectée, car dans ce cas la donation serait censée n'avoir jamais existé. Les droits consentis par le donataire sur la chose donnée avant l'acceptation, sont nécessairement subordonnés à cette acceptation, sauf la fin de non-recevoir à laquelle le défaut d'enregistrement de la donation donnerait lieu.

Je n'ai pas besoin de répéter ici ce que j'ai dit de la donation de biens présents sous le paragraphe qui précède ; les mêmes règles régissent la donation de biens présents faite à des tiers. Remarquons toutefois que cette donation peut être faite par toute personne quelconque et en faveur de tout tiers quelconque. C'est un point qui différencie essentiellement la donation de biens présents en faveur de tiers de la donation de biens à venir dont nous allons maintenant nous occuper.

II. De la donation de biens à venir.—L'institution contractuelle en principe ne peut être adressée qu'aux époux ou aux enfants à naître du mariage. Cependant notre code, à la différence du code Napoléon, la permet exceptionnellement lorsque les futurs époux ou leurs enfants y ont intérêt. Mais alors, on ne peut instituer que les frères et sœurs des époux, et les ascendants des époux ont seuls le droit de faire l'institution. C'est la

---

(*a*) Il n'en est pas ainsi en France vu les termes formels de l'art. 959 C.N.

(*b*) En effet, l'article 824 énonce une exception à la règle de l'irrévocabilité de la donation de biens présents que formule le premier alinéa de l'article 823.

disposition du deuxième alinéa de l'article 820 qui est en ces termes :

" Il est loisible pour les mêmes motifs aux ascendants d'un " futur époux, de faire dans un contrat de mariage des dona- " tions à cause de mort aux frères et sœurs de ce futur époux " qui est aussi avantagé par la disposition. Les autres dona- " tions à cause de mort faites en faveur des tiers sont nulles."

Cet article est le résultat d'une évolution qui, comme tant d'autres dans l'ancien droit, s'est produite graduellement, et avec la complicité, du moins passive, des tribunaux et des autorités civiles. Les anciens auteurs reconnaissaient bien le principe que l'institution contractuelle ne peut être faite qu'en faveur des époux ou des enfants à naître du mariage (*a*).

Mais, dit Lebrun (*b*), on avait inventé un moyen de faire l'équivalent d'une institution contractuelle au profit d'autres personnes que les époux en instituant la personne mariée, à la charge d'associer ses frères et sœurs pour une certaine quotité de l'institution, et en faisant de cette association une condition de l'institution (*c*). C'était la *clause d'association* qui n'était, on le voit, qu'un moyen indirect d'éluder la loi, et qui, suivant l'avis de Lebrun, pouvait être révoquée comme n'étant pas une véritable institution contractuelle. Et il ajoutait que si la disposition était faite en ligne directe, elle serait encore révocable, nonobstant l'acceptation des frères et sœurs, comme étant une simple démission de biens à leur égard (*d*).

Cette clause d'association n'est pas admise en France. On dit à bon droit que ce que la loi défend directement, on ne

---

(*a*) On paraît avoir étendu le bénéfice d'une substitution contractuelle faite en faveur d'un époux et des enfants à naître du mariage, aux enfants que cet époux aurait d'un mariage subséquent lorsque le premier mariage a été stérile. Voy. Lebrun, *Successions*, liv. 3, ch. 2, nº 12. Je crois que dans l'institution contractuelle la loi n'a pas entendu permettre l'institution d'autres enfants que ceux qui naîtraient du mariage en faveur duquel l'institution a été faite. La substitution fidéicommissaire, au contraire, pouvant être faite en faveur de tiers, il est clair qu'on peut y substituer les enfants que l'époux aurait, même d'un mariage subséquent, et que si la substitution est faite en faveur de l'époux et de ses enfants sans limitation, les enfants d'un mariage subséquent en bénéficieront. Il s'agit surtout d'interpréter la volonté du substituant.

(*b*) *Loc. cit.*, nº 13.

(*c*) Il serait difficile de voir là une substitution, car le trait de temps, *tractus temporis*, manque.

(*d*) Observons que l'ordonnance des substitutions de 1747 rendit irrévocable toute substitution apposée à une institution contractuelle.

saurait le faire d'une manière indirecte (*a*). Cette raison serait concluante dans notre droit si le législateur n'avait admis, par une disposition expresse et exceptionnelle, l'institution contractuelle des tiers. Mais puisqu'il s'agit d'une exception, il est clair qu'on ne saurait l'étendre au delà des termes de notre article. Ainsi, la clause d'association n'est valable que lorsqu'elle est faite par un ascendant en faveur des frères et sœurs de l'époux (*b*), car, ainsi que notre article 820 le dit, les autres donations à cause de mort en faveur des tiers sont nulles, comme elles l'étaient du reste dans l'ancien droit.

Ainsi entendue et restreinte, la clause d'association constitue une véritable *démission de biens*, laquelle ne peut se faire à cause de mort par acte entre vifs qu'au moyen d'une donation contenue en un contrat de mariage (art. 781).

Puisqu'il s'agit de la démission de biens, l'institution contractuelle en faveur des tiers ne sera pas nécessairement apposée comme une condition de l'institution faite à l'époux. L'ascendant pourra donner à cause de mort une portion de ses biens au futur époux et une autre portion aux frères et sœurs de cet époux, et la caducité de l'une de ces donations ne profitera pas aux donataires de l'autre portion des biens, mais au donateur lui-même. Il en serait différemment si la donation était faite à l'époux avec substitution fidéicommissaire en faveur de ses frères et sœurs. Le prédécès de ceux-ci profiterait à l'époux et non au donateur.

L'institution contractuelle dans les termes de l'article 820 produit les mêmes effets et est sujette à la même caducité que l'institution contractuelle ordinaire. Je n'ai pas besoin de répéter ici ce que j'en ai dit au paragraphe précédent.

III. De la donation cumulative de biens présents et à venir.— L'explication détaillée que j'ai donnée de cette espèce de donation, me permettra ici d'indiquer en quelques traits rapides la nature et les effets de la donation cumulative lorsqu'elle s'adresse à des tiers. Puisque cette donation n'est qu'une variante de l'institution contractuelle, puisque la donation de

(*a*) Demolombe, nº 294.

(*b*) Parmi les frères et sœurs, je comprendrais les frères et sœurs consanguins et utérins au même titre que les frères et sœurs germains, si l'acte ne comporte pas une interprétation différente.

Rien n'empêcherait le donateur de limiter le bénéfice de la donation à quelques-uns seulement des frères et sœurs de l'époux.

biens à venir en est la partie principale et l'option de s'en tenir aux biens présents n'est qu'une disposition accessoire, il faut conclure, bien que l'article 820 ne s'en explique pas, que la donation cumulative ne peut être faite que dans les mêmes conditions que la donation à cause de mort. Donc, dans l'hypothèse de ce troisième paragraphe, elle ne peut être faite que par un ascendant et qu'en faveur des seuls tiers qui peuvent recevoir par institution contractuelle. En vain, objecterait-on que tout tiers peut recevoir des biens présents et que la donation peut en définitive se résoudre en une simple donation de biens présents. Je répète que ce n'est là que l'effet de l'option que la loi confère au donataire, et que cette option n'étant qu'un accessoire ne peut affecter la nature du contrat. Si on permettait de donner cumulativement des biens présents et à venir à un tiers autre que ceux mentionnés en l'alinéa 2 de l'article 820, on lui donnerait le droit de recevoir par donation à cause de mort, puisque le donataire dans la donation cumulative peut ne pas exercer la faculté que la loi lui accorde, ce qui serait contraire au texte même de notre article. Il est inutile d'insister.

Donc, la donation cumulative ne peut être faite que par un ascendant des époux et qu'en faveur des frères et sœurs de l'époux aussi avantagé par la disposition. Ses effets sont les mêmes dans ce cas que lorsqu'il s'agit d'une donation cumulative faite aux époux ou aux enfants à naître du mariage. Si, à l'ouverture du droit des donataires, les uns veulent s'en tenir aux biens donnés comme présents, les autres accepter la donation telle qu'elle a été faite, chacun prendra, pour sa part, le parti qui lui paraîtra le plus avantageux (*a*).

CHAPITRE III.—Des testaments.

Généralités.

Nous avons vu à l'article 756 que " le testament est un acte " de donation à cause de mort, au moyen duquel le testateur " dispose par libéralité, sans l'intervention de la personne " avantagée, du tout ou de partie de ses biens, pour n'avoir " effet qu'après son décès ; lequel acte il peut toujours révo-

(*a*) Voy. une solution semblable, *supra* p. 228.

" quer. L'acceptation qu'on prétendrait en faire de son vivant " est sans effet."

J'ai expliqué et commenté ailleurs cette définition législative du testament ; j'ai également dit en quoi le testament diffère de la donation entre vifs et en quoi il lui ressemble ; enfin j'ai discuté au long la question des conditions dans les deux actes (*a*). Il est inutile d'y revenir. La seule question que j'ai réservée, parce que le code lui-même, à la différence du code Napoléon, la renvoie à ce chapitre, c'est celle de la capacité des parties de donner et de recevoir par testament. C'est aussi cette question que nous devrons étudier au début de ce chapitre, même avant d'expliquer les formes que le testament —acte solennel comme la donation entre vifs—doit revêtir à peine de nullité.

SECTION I.—DE LA CAPACITÉ DE DONNER ET DE RECEVOIR PAR TESTAMENT.

Ici, comme dans le cas de la donation entre vifs, la capacité est la règle, l'incapacité l'exception. Toute personne est capable de tester et de recevoir ce qui lui est légué par testament si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. Mais la capacité de donner et celle de recevoir ne sont pas régies par les mêmes règles. Il convient donc de les envisager séparément, et dans chaque cas, après avoir exposé la règle, d'indiquer les exceptions que cette règle comporte.

§ I.—*De la capacité de donner par testament.*

I. Règle de la liberté illimitée de tester.—La règle qui domine cette matière, c'est que toute personne saine d'esprit et capable d'aliéner ses biens, peut en disposer librement par testament, sans égard à leur origine ou à leur nature, et sans réserve, restriction ou limitation. Je ne puis, du reste, mieux énoncer cette règle de la liberté illimitée (*b*) de tester, que dans les termes mêmes dont le législateur se sert pour la formuler. Citons donc l'article 831, la disposition la plus importante peut-être de ce titre.

(*a*) *Supra*, pp. 6, et suiv.

(*b*) Cette expression est consacrée par l'usage. Cette liberté est *illimitée* comme toute autre liberté bien ordonnée. C'est-à-dire, elle n'a d'autres limites que celles que la loi, les bonnes mœurs et l'ordre public lui tracent.

831. " Tout majeur sain d'esprit et capable d'aliéner ses
" biens peut en disposer librement par testament sans distinction de leur origine ou de leur nature, soit en faveur de son conjoint en mariage, ou de l'un ou de plusieurs de ses enfants, soit de toute autre personne capable d'acquérir et de posséder, sans réserve, restriction, ni limitation, sauf les prohibitions, restrictions et autres causes de nullité contenues en ce code, et les dispositions ou conditions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs."

Cette règle est donc absolue dans ses termes et, nous le verrons, le législateur s'est pris à deux fois pour la formuler, tant il tenait à écarter tout doute comme à détruire toute entrave à la liberté pleine et entière, illimitée enfin, qu'il voulait accorder. Toutefois, avant d'expliquer la règle de la liberté illimitée de tester, il convient d'en rechercher l'origine, et c'est ce que je vais faire immédiatement.

II. Origine de la règle de la liberté illimitée de tester.—Il faut ici distinguer deux époques : le droit ancien et le droit nouveau. La première époque se termine en 1774, laissant toutefois quelques doutes qui ne se sont dissipés qu'en 1801 ; la seconde date de la législation de ces deux années.

1° *Droit ancien.*—Suivant le droit romain, le testament — qui était une sorte de concession du pouvoir public, une dérogation à la loi des successions *ab intestat*, à tel point que dans l'origine il prenait la forme d'une loi — ne pouvait pas se concilier avec la succession *ab intestat*, et il fallait qu'il embrassât toute la succession du testateur. On ne pouvait décéder *partim testatus, partim intestatus ;* si le testament ne disposait pas de toute la succession il était non avenu, et cette succession tout entière était dévolue suivant la loi des successions *ab intestat*. En second lieu, le testament devait nécessairement renfermer une institution d'héritier, c'était là sa base même, *caput et fundamentum testamenti ;* s'il ne contenait que des legs ou des fidéicommis il n'était qu'un simple *codicille* lequel pouvait, il est vrai, se rattacher à un testament, dont il ne formait alors que le complément.

On suivait ces règles en France, dans les pays de droit écrit ; dans les pays de coutume, au contraire, on avait érigé en axiome le principe que *Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut* (a), et Loisel traduisit ce principe par la

(a) *Solus Deus hæredem facere potest, non homo.*

maxime : *institution d'héritier n'a de lieu.* Donc, le testament ne renfermait que des legs ; l'héritier, c'était le parent le plus proche par le droit du sang, d'où la règle : *le mort saisit le vif ;* cet héritier était saisi de la succession du défunt, quoique celui-ci eût disposé de son disponible par testament, et c'est à lui que le légataire s'adressait pour obtenir la délivrance de son legs. Loin qu'il y eût incompatibilité entre la succession *ab intestat* et la succession testamentaire, celle-ci n'allait pas sans l'autre. Comme le dit Troplong (*a*), " quiconque faisait un testament, décédait toujours *partim testatus, partim intestatus ;* car l'héritier légitime continuait à conserver sinon l'émolument, au moins le titre dont la parenté et la loi l'investissaient."

Ce que je viens de dire se rapporte surtout à la forme du testament ; il y avait encore la question de la disponibilité. Le testateur, comme le donateur du reste, n'était pas le maître de toute sa fortune ; une certaine portion de ses biens était d'avance acquise à ses héritiers légitimes. Sous le droit romain le testament, puisqu'il instituait un héritier et était incompatible avec la succession *ab intestat,* comprenait nécessairement tous les biens du testateur ; le legs, au contraire, se limitait au trois quarts des biens du codicillant, l'héritier ayant le droit de retenir la *quarte falcidie* vis-à-vis des légataires et la *quarte trébellianique* à l'égard des fidéicommissaires universels. Sous l'empire de la coutume de Paris (art. 292)—je n'ai pas à m'occuper des autres coutumes—le testateur pouvait disposer par testament de tous ses meubles et acquêts et conquêts immeubles, et de la cinquième partie de tous ses propres héritages, " et non plus avant, encore que ce fût pour cause pitoyable (pie)." C'était la réserve dite des *quatre quints.*

A l'égard de la personne du testateur et du légataire, aux termes du même article de la coutume de Paris, " toutes personnes saines d'entendement, âgées et usant de leurs droits" pouvaient disposer par testament " au profit de personnes capables." Et l'article 293 ajoutait que " pour tester des meubles, acquêts et conquêts immeubles, il faut avoir accompli l'âge de vingt ans, et pour tester du quint des propres, il faut avoir accompli l'âge de vingt-cinq ans," qui était l'âge de la majorité sous l'empire de la coutume (*b*). Quant à la

(*a*) *Donations et testaments*, nº 1437.

(*b*) Le droit romain permettait aux pubères de tester : les mâles étaient donc investis de ce droit à l'âge de quatorze ans, les filles à l'âge de douze ans.

personne du légataire, sans parler des autres incapacités, le conjoint ne pouvait rien recevoir, par testament, de son conjoint (art. 282 de la coutume de Paris) ; et l'édit des secondes noces portait des entraves aux dispositions testamentaires que j'ai expliquées plus haut (*a*). Ajoutons que le concubin ne pouvait léguer que des aliments à sa concubine. Les enfants naturels incestueux ou adultérins ne pouvaient recevoir de leurs père et mère que des legs d'aliments, et les enfants naturels simples étaient incapables de dispositions universelles.

2° *Droit nouveau.*—Les restrictions et réserves que j'ai signalées ne s'harmonisaient guère avec les principes du droit anglais qui reconnaissaient au testateur une pleine et entière liberté de disposer comme il l'entendait des biens qu'il laissait à son décès (*b*). Aussi, après la défaite définitive des armes françaises en Amérique et la cession de la Nouvelle France à l'Angleterre, l'un des premiers soins de la nouvelle métropole fut d'étendre cette liberté à sa nouvelle colonie. Nous en trouvons la preuve dans le premier acte adopté par le parlement anglais pour pourvoir au gouvernement de la province, l'*Acte de Québec*, 1774, 14 Geo. III, ch. 83. Ce statut, après avoir maintenu les lois civiles françaises (art. 8), ajoutait (art. 10) :

10. " Pourvu aussi, qu'il sera et pourra être loisible à toute " et chaque personne, propriétaire de tous immeubles, meubles " ou intérêts dans la dite province, qui aura le droit d'aliéner les " dits immeubles, meubles ou intérêts pendant sa vie, par vente, " donation ou autrement, de les tester et léguer à sa mort par " testament et acte de dernière volonté, nonobstant toutes lois, " usages et coutumes à ce contraires, qui ont prévalu, ou qui " prévalent présentement en la dite province, soit que tel tes-" tament soit dressé suivant les lois du Canada, ou suivant les " formes prescrites par les lois d'Angleterre."

On le voit, le maintien des lois civiles françaises fut fait à la

---

La disposition de l'ancien droit qui donnait au mineur de vingt ans la faculté de tester de certains biens étant le contraire d'une restriction n'était pas affectée avant le code par le principe de la liberté illimitée de tester. L'âge de majorité ayant été fixé, avant le code, à vingt-un ans, la règle de la coutume de Paris, qui ne reconnaissait la pleine liberté de tester qu'à l'âge de vingt-cinq ans, n'était plus suivie en cette province.

(*a*) *Supra*, p. 21 et suiv.

(*b*) Cette liberté de tester remontait aux statuts 32 Henri VIII, ch. 1, et 34-35 Henri VIII, ch. 5, qui permettaient de disposer par testament en faveur de toute personne, sauf les corporations. Elle comportait certaines réserves quant aux biens possédés à un titre féodal.

condition formelle que les vieilles entraves qui limitaient la liberté de tester, seraient abolies. Toutefois des doutes s'élevèrent sur la portée qu'il convenait de reconnaître à cette disposition. On soutenait qu'elle n'allait pas assez loin pour faire disparaître les incapacités de recevoir dont étaient frappées certaines personnes et pour abolir les réserves que la coutume de Paris avait établies en faveur des héritiers du sang ; qu'elle n'accordait pas en définitive plus de liberté de tester que de disposer par acte entre vifs (*a*).

Pour faire cesser ces doutes la législature du Bas-Canada adopta, en 1801, le statut 41 Geo. III, ch. 4, lequel décréta (art. 1er) " qu'il est et sera loisible à toute personne ou per-" sonnes saines d'entendement et d'âge, usant de leurs droits, " de léguer et disposer, par testament ou acte de dernière " volonté, soit entre conjoints par mariage en faveur de l'un " ou de l'autre des dits conjoints, soit en faveur de l'un ou " plusieurs de leurs enfants à leur choix, ou en faveur de qui " que ce soit, de tous et chacun de leurs biens, meubles ou im-" meubles, quelle que soit la tenure des dits immeubles, et soit " qu'ils soient propres, acquêts ou conquêts, sans aucune " réserve, restriction et limitation, nonobstant toutes lois, cou-" tumes et usages à ce contraires. Pourvu néanmoins que le " testateur ou la testatrice, étant conjoint ou conjointe par " mariage, ne pourra tester que de sa part des biens de sa com-" munauté ou des biens qui lui appartiendront autrement, ni " préjudicier par son testament aux droits du ou de la survi-" vante, ou au douaire coutumier ou préfix des enfants. " Pourvu aussi, que le droit de tester, tel que dessus spécifié et " déclaré, ne pourra être considéré s'étendre à donner pouvoir " de léguer et donner par testament ou ordonnance de dernière " volonté, en faveur d'aucune corporation ou autres gens de " mainmorte, excepté dans les cas où telle corporation ou gens " de mainmorte auront la liberté d'accepter et recevoir sui-" vant la loi.

Cette disposition fut reproduite par les Statuts refondus du Bas-Canada, ch. 34, art. 2 ; c'est la source de notre article 831 ; la réserve qu'elle fait quant aux corporations et gens de mainmorte est énoncée à l'art. 836 (voy. aussi l'art. 366, expliqué en mon tome 2, pp. 357 et suiv.).

On voit donc que l'ancien droit a été modifié par l'abolition

---

(*a*) Voy. 2. L. C. J., p. 149, les remarques du juge en chef Lafontaine dans la cause de *Quintin dit Dubois & Girard*.

des réserves coutumières, par la faculté accordée à un conjoint de faire des legs à son conjoint, et par la liberté donnée de faire des legs, autres que des legs d'aliments, aux concubins et aux enfants adultérins ou incestueux, de faire enfin des dispositions universelles en faveur des enfants naturels simples.

Il en résulte que, comme règle, toute personne peut tester de ses biens, sans égard à leur origine ou à leur nature, et sans réserve, restriction ou limitation. Le code à prévu spécialement le cas de la femme mariée. L'article 832 porte que " la capacité de la femme mariée de disposer par testament est établie au premier livre de ce code au titre *Du mariage*." Le législateur se réfère ici à l'article 184 qui dit que " la " femme peut tester sans l'autorisation de son mari." J'ai dit en mon tome 1er, p. 531, que deux raisons ont fait admettre cette règle : 1° le testament devant être exclusivement l'œuvre de la volonté personnelle du testateur, il importe que la femme qui le fait soit libre de toute influence étrangère, ce qui n'aurait pas lieu si elle ne pouvait le faire qu'avec l'autorisation de son mari ; 2° ce testament ne porte aucune atteinte à l'autorisation maritale, puisqu'il ne doit produire ses effets qu'à une époque où elle aura cessé d'exister, c'est-à-dire au décès de la femme.

Il convient maintenant de tracer les exceptions que la règle de la liberté illimitée de tester comporte.

III. **Personnes qui ne peuvent tester de leurs biens.**—On comprendra mieux quelles personnes peuvent tester quand on saura quelles personnes sont privées de cette faculté. Cette liste ne sera ni longue, ni difficile à saisir. J'accompagnerai l'énumération des incapables de quelques mots d'explications sur chaque cas. On peut dire, d'ailleurs, d'une manière générale, que sont incapables de tester tous ceux qui n'ont pas à la fois la jouissance et l'exercice de leurs droits civils, et ceux qui, en possession d'ailleurs de cette jouissance et de cet exercice, n'ont pas la plénitude de la volonté de tester au moment où le testament est fait. Cela nous amène à distinguer l'*incapacité de droit* et l'*incapacité de fait*. Ajoutons que toutes les incapacités de droit ou de fait dont nous aurons à nous occuper sont absolues ; il n'y a pas, dans notre droit, d'incapacité relative de tester.

a. *Incapacité de droit.*—Sont atteints de cette incapacité :

1° *Les mineurs*.—Nous avons vu qu'avant le code le mineur de vingt ans pouvait tester de ses meubles acquêts et de ses

conquêts immeubles, et que la pleine liberté de disposer par testament ne lui était acquise qu'à sa majorité. Les codificateurs font observer que la majorité légale étant autrefois fixée à vingt-cinq ans, il y avait raison de permettre la disposition par testament dans l'intervalle de vingt à vingt-cinq ans. Mais la majorité étant maintenant à vingt-et-un ans, ce n'était pas la peine d'avancer la capacité du mineur d'une seule année. Donc, l'article 833, qui est de droit nouveau sous ce rapport, dit que "le mineur même âgé de vingt ans et plus, " émancipé ou non, est incapable de tester d'aucune partie de " ses biens " (*a*). L'émancipation du mineur n'aurait pas l'effet de lui donner une capacité qu'il n'aura qu'à sa pleine majorité.

Puisque la loi défend au mineur de tester, il s'ensuit que le tuteur ne pourra faire en son nom un testament valable. Le code n'avait donc pas besoin d'ajouter, comme il le fait au premier alinéa de l'article 834, que " les tuteurs et curateurs ne " peuvent tester pour ceux qu'ils ont sous leur puissance, ni " seuls, ni conjointement avec ces derniers." Le tuteur n'est qu'un administrateur, un mandataire, et le mandataire ne peut faire un acte qui est absolument prohibé au mandant.

Mais rendu à l'âge de majorité l'incapacité du mineur disparaît. Nous avons vu à l'article 767 que les mineurs devenus majeurs, et autres qui ont été sous puissance d'autrui, ne peuvent donner entre vifs à leurs anciens tuteurs ou curateurs pendant que leur administration se continue de fait et jusqu'à ce qu'ils aient rendu compte. Rien de tel n'est décrété quant au testament(*b*). Le mineur peut donc, dès le lendemain de sa majorité, léguer tous ses biens à son ancien tuteur, que ce dernier lui ait ou non rendu compte. Le testament étant essentiellement révocable, alors que la donation entre vifs est irrévocable, il n'y avait pas de motif d'étendre la règle de l'article 767 au cas du testament. Le conseil privé a du reste

(*a*) En France, il y a une période de cinq ans pendant laquelle le mineur a une capacité limitée de tester. En effet l'art. 904 du code Napoléon porte que " le mineur parvenu à l'âge de seize ans ne pourra " disposer *que par testament*, et jusqu'à concurrence seulement de la " moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer." Peu importe qu'il soit ou non émancipé ; alors qu'il ne peut aucunement donner entre vifs, si ce n'est par contrat de mariage, il peut pendant cet intervalle tester de la moitié de son disponible.

(*b*) En cela notre droit diffère du droit français moderne (art. 907, C. N.) qui établit, dans ce cas, une incapacité relative de recevoir, non seulement par donation entre vifs, mais même par testament.

maintenu, sous l'empire de l'ancienne législation, un testament par lequel un mineur de vingt ans avait légué des effets mobiliers à son tuteur : *Durocher & Beaubien*, Stuart's Reports, p. 307.

2° *Les interdits pour imbécillité, démence ou fureur.*—L'incapacité de ces interdits est également une incapacité de droit fondée sur la constatation judiciaire de leur incapacité de former un consentement. Cette incapacité ayant été constatée par un jugement d'interdiction, l'incapacité de fait où ils se trouvaient d'abord, est changée en une incapacité de droit qui n'admet pas la preuve contraire. Cette incapacité, absolue comme les autres incapacités de tester, est décrétée en ces termes par le deuxième alinéa de l'article 834 :

"L'interdit pour imbécillité, démence ou fureur, ne peut "disposer par testament ; le testament postérieur à l'interdic-"tion du prodigue peut être confirmé ou non, d'après la nature "des dispositions et les circonstances."

Ce n'est là, quant à l'interdit pour imbécillité, démence ou fureur, que la consécration du principe de l'article 334, qui dit que tout acte fait postérieurement à l'interdiction par cet interdit est nul (*a*).

Donc, il suffira au demandeur en nullité de prouver l'interdiction antérieure à la confection du testament ; la présomption de droit qui en résulte est irrésistible et n'admet pas la preuve contraire. Il en est autrement lorsque l'on attaque pour cause de démence le testament d'un individu qui n'a jamais été interdit ; la présomption de fait est alors que cet individu était sain d'esprit, et c'est au demandeur à faire tomber cette présomption par la preuve de la démence. Je parlerai plus loin de l'incapacité de fait qui résulte de l'insanité d'esprit d'une personne non interdite ; il n'est question ici que de l'incapacité de droit que crée l'interdiction.

Devons-nous admettre aussi l'action en nullité que confère l'article 335 quant aux actes antérieurs à l'interdiction pour cause d'imbécillité, démence ou fureur, lorsque les causes de

(*a*) Le code Napoléon ne contient pas une disposition spéciale comme celle de l'alinéa 2 de notre article 834 ; il se contente de dire d'une manière générale (art. 902) que toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables. Toutefois, la plupart des auteurs décident que l'interdiction pour cause d'imbécillité, démence ou fureur constitue une incapacité absolue de tester ou de disposer par donation entre vifs. Voy. Sirey et Gilbert, sur l'art. 901, n° 10.

l'interdiction existaient notoirement à l'époque où ces actes ont été faits, sauf bien entendu au demandeur à justifier de ces causes et de leur notoriété ? Je ne vois aucune raison d'en douter, et cela d'autant plus que, comme nous le verrons, la preuve de l'insanité à l'époque que comprend la confection du testament, sans que cette insanité ait été notoire, devra entraîner la nullité du testament, et pour la raison additionnelle que l'article 335 conférant une discrétion au tribunal, puisqu'il dit que ces actes *peuvent* être annulés, permettra au tribunal de s'assurer si cette preuve justifie la conclusion que le testament a été fait en état d'insanité d'esprit. Le terme *acte* comprend assurément le testament comme les contrats (*a*).

Puisque l'interdit pour imbécillité, démence ou fureur ne peut lui-même tester, il est clair que son curateur ne le saurait faire pour lui. C'est ce que porte le premier alinéa de l'article 834 que j'ai cité plus haut.

3° *Les interdits pour prodigalité.*—L'incapacité de tester n'existe que contre les interdits pour imbécillité, démence ou fureur. Les interdits pour prodigalité ont donc en principe la capacité requise, mais comme leur prodigalité peut les porter à des excès, leurs dispositions testamentaires seront ou non confirmées suivant la nature de ces dispositions et les circonstances On n'a qu'à consulter les autorités citées par les codificateurs pour constater que la capacité de tester des interdits pour cause de prodigalité était l'objet de chaudes controverses sous l'ancien droit, et Pothier (*b*) enseignait formellement que " ceux qui sont interdits pour cause de prodigalité ne peuvent " faire de testament " (*c*). Le code a mis fin à toute controverse en décrétant (art. 834, al. 2) que " le testament postérieur " à l'interdiction du prodigue peut être confirmé ou non, " d'après la nature des dispositions et les circonstances." Cela est conforme au principe que l'incapacité des interdits pour prodigalité est établie en leur faveur (art. 987).

Il est évident que le législateur voulant protéger l'interdit contre sa prodigalité, son testament devra être annulé s'il

---

(*a*) Voy. du reste l'explication des art. 334 et 335 dans mon tome 2, pp. 282 et suiv. et 299 et suiv.

Laurent, (t. 11, n° 109) admet l'application au testament de l'art. 503 du code Napoléon qui correspond à notre art. 334, tout en reconnaissant que l'opinion se prononce généralement en sens contraire.

(*b*) *Donations testamentaires*, éd. Bugnet, t. 8, n° 136.

(*c*) Il est vrai que l'opinion contraire réunissait plus de suffrages.

constitue un acte de prodigalité ou de folie, et qu'on devra au contraire le maintenir s'il ne contient rien que de sage et de bien réfléchi. Le tribunal possède à cet égard une entière discrétion : il trouvera dans le testament lui-même et dans les circonstances de fortune, de condition et de conduite du testateur, les motifs qui devront déterminer sa décision.

4° *Les personnes à qui on a donné un conseil judiciaire.*—Ces personnes sont capables de tester, sans qu'il y ait lieu d'examiner leur testament pour voir s'il devrait être confirmé ou non. En effet, le troisième alinéa de l'article 834 dit que "celui auquel il a été seulement nommé un conseil judiciaire "soit à sa propre demande, soit sur provocation pour interdic-"tion, le peut (tester) valablement." La capacité de droit étant absolue, le testament devra être maintenu à moins qu'il ne soit attaqué pour cause d'incapacité de fait.

Donc, pour me résumer, le testament de l'interdit pour démence, imbécillité ou fureur est nul, sans qu'il soit permis de prouver qu'il a été fait pendant un intervalle lucide ; le testament de l'interdit pour cause de prodigalité est en principe valide, mais il peut être annulé s'il est l'œuvre d'une volonté folle ou désordonnée ; enfin, le testament d'un majeur à qui l'on a donné un conseil judiciaire est toujours valide ; on ne peut le faire mettre de côté que sur preuve d'une incapacité de fait.

5° *Les personnes mortes civilement.*—Leur incapacité est écrite à l'article 36 sur lequel je n'ai pas besoin de revenir. Mais je puis dire que cette incapacité, lorsqu'elle résulte d'une condamnation judiciaire, est plus absolue que les autres, puisqu'elle annule le testament fait antérieurement en pleine capacité, si le testateur décède sous le coup de la sentence (art. 835) (*a*). En effet, le testateur *dispose* au moment de son testament et *transmet* au moment de son décès. Or, le condamné à mort ou à une peine afflictive perpétuelle ne peut *transmettre* à titre de succession (art. 36, al. 1).

Mais le testament antérieur conserve tout son effet, si le condamné ne meurt pas sous le coup de la sentence. Il est vrai qu'en principe le pardon, la libération, la remise de la peine ou sa commutation en une autre qui n'emporte pas mort civile, n'ont pas un effet rétroactif (art. 38), mais, dans l'hypo-

(*a*) Cet article dit que "le testament fait antérieurement à la sentence de condamnation emportant mort civile est sans effet si le testateur décède sous l'effet de cette sentence."

thèse que je suppose, la condition posée par l'article 835 manque.

b. *Incapacité de fait.*—Nous allons étudier sous ce chef deux causes de nullité des testaments. La première et la seule qui constitue à proprement parler une incapacité de fait, est l'absence totale de volonté à cause de l'insanité d'esprit, soit temporaire et accidentelle, soit permanente. La seconde cause de nullité des testaments résulte de vices de volonté, lorsque le testateur a disposé de ses biens sous l'empire de l'erreur, ou sous coup de la violence ou du dol. Il n'y a pas là incapacité dans le sens strict. Pourtant, puisque dans un cas comme dans l'autre il n'y a pas eu volonté de tester, je crois que cette classification permettra de grouper sous une rubrique unique des sujets qui présentent une certaine corrélation.

1° *Des personnes en état d'insanité d'esprit.*—L'article 831 accorde la liberté de tester à tout majeur *sain d'esprit.* Au même effet était l'article 292 de la coutume de Paris, qui permettait à toutes personnes *saines d'entendement* de disposer de leurs biens par testament. Ce n'est là du reste que l'application des règles ordinaires quant à la capacité de contracter. En effet, l'article 986 range, parmi les incapables, les personnes aliénées ou souffrant d'une aberration temporaire causée par maladie, accident, ivresse ou autre cause, ou qui, à raison de la faiblesse de leur esprit, sont incapables de donner un consentement valable.

L'incapacité de tester du mineur et de l'interdit pour démence est, je l'ai dit, une *incapacité de droit.* La loi leur dénie la faculté de tester ; il n'y a donc qu'une chose à déterminer : le testateur était-il mineur ou interdit pour démence au moment de la confection du testament ? Si la réponse est affirmative, le tribunal annulera le testament sans autre examen. A côté de cette incapacité de droit vient se placer l'incapacité de fait, c'est-à-dire l'incapacité d'exercer en fait l'aptitude dont on est investi en droit (*a*).

Or, la capacité de fait de tester est rattachée à la plénitude de la volonté de tester au moment même où le testament se fait, et cette plénitude de la volonté peut se trouver détruite par un trouble mental. Il est donc clair que lorsque ce trouble mental existe à un degré assez grave pour enlever au disposant la connaissance de l'acte qu'il fait, en d'autres termes, lorsque ce disposant est incapable de donner, au consentement

(*a*) M. Huc, t. 6, n° 67.

que comporte la disposition, l'adhésion pleine et entière d'une volonté libre, le testament, comme tout autre engagement, est nul, car il lui manque la base même de toute obligation valable, le consentement.

Mais le point qui, en pratique, donne lieu au plus de difficultés—car nul acte n'est attaqué pour cause d'insanité aussi souvent que ne l'est le testament—c'est de savoir quand il y a trouble mental assez grave pour enlever la capacité de consentir, pour détruire la plénitude de la volonté. En d'autres termes, quand faut-il dire que le testateur n'était pas sain d'esprit lors de la confection du testament attaqué ?

C'est une question de fait à juger suivant les circonstances de chaque espèce, car nous supposons qu'aucune interdiction n'a été prononcée, et l'on sait que les maladies de l'intelligence, comme celles du corps, ont divers degrés de gravité, et que la même maladie a des périodes de croissance et d'intensité, voire même des intermittences, des intervalles lucides, pendant lesquels l'esprit recouvre sinon toute sa lucidité, du moins une lucidité relative. Toutefois, la jurisprudence française a posé certaines règles qu'il est bon de suivre. Ainsi, les auteurs nous disent que pour déterminer si le testateur était ou non sain d'esprit, il ne faut pas attacher trop d'importance aux distinctions des aliénistes, mais que la mission du juge se réduit uniquement à rechercher, d'après les témoignages et les faits constatés, si, au moment où le testament a été fait, le disposant jouissait de sa raison (*a*).

La cour de cassation a formulé à ce sujet une règle précise. Elle a décidé " que l'incapacité prétendue d'un testateur, " comme non sain d'esprit, doit être prouvée exister au moment " de la confection du testament, ou ce qui comprend cette " époque, habituellement et sans intervalle lucide " (*b*).

Il n'est donc pas nécessaire de prouver que le testateur était atteint d'insanité d'esprit au moment précis où il a apposé sa signature à l'acte, mais qu'il en était atteint pendant le temps dans lequel l'époque de la confection du testament se trouve comprise ; et il faut de plus faire voir que cette insanité avait un caractère permanent et ne présentait pas d'intervalles lucides. De cette preuve résultera la présomption que l'insanité

(*a*) M. Huc, t. 6, nº 69, et arrêts qu'il cite. Voy. aussi, 31 L. C. J., p. 22, l'opinion exprimée par feu le juge Ramsay dans la cause de *Bourier* & *Collette*.

(*b*) Arrêt du 26 mars, 1822, citée par M. Huc, nº 70.

existait au moment même de la signature de l'acte, sauf au défendeur à établir, s'il le peut, que le testament a été fait pendant un intervalle lucide. Cependant, s'il était allégué que l'insanité était temporaire, qu'elle avait pour cause un fait momentané, comme l'ivresse, le demandeur en nullité aurait à prouver que le disposant était sous l'empire de cette insanité temporaire au moment même de la confection du testament ; la preuve de l'habitude de l'ivresse serait insuffisante (*a*).

On a jugé, en France, que la nullité d'une disposition pour insanité d'esprit, ne peut être prononcée pour la raison que le disposant, d'ailleurs en possession de sa raison et en état de manifester sa volonté d'une manière claire, aurait eu des opinions mystiques, politiques ou philosophiques poussées à leurs conséquences extrêmes, ou des croyances absurdes ayant leur source dans l'étude des prétendues sciences occultes ; ou parce qu'il aurait été ivrogne d'habitude, d'une extrême vieillesse, ou atteint d'une infirmité physique, telle que la surdité ou la cécité. Mais il y aurait lieu à annuler le testament si la vieillesse avait engendré l'imbécillité sénile, si, au moment même du testament, le disposant était en état d'ivresse au point de lui enlever l'usage de sa volonté, si ses divagations spéculatives avaient amené un trouble intellectuel dans l'ordre des faits de la vie pratique, si enfin, au moment de l'acte, il se trouvait sous l'empire d'une passion violente, comme la haine, la jalousie ou la colère, au point d'altérer la faculté de vouloir (*b*).

Mais si la disposition a été dictée par la haine ou la colère, sans que cette passion ait affecté la faculté de vouloir du testateur, le testament ne pourra être mis de côté. L'ancien droit, s'inspirant de la tradition romaine, avait permis d'attaquer, sous couleur de démence, des dispositions testamentaires dictées par la haine violente et injuste du testateur contre son héritier légitime, mais on décide en France que cette action,

---

(*a*) M. Huc, nº 70.—Le même auteur fait observer que la déclaration du notaire que le testateur était sain d'esprit, n'ayant aucun caractère authentique, on peut prouver l'insanité sans recourir à l'inscription de faux. Au même effet, voy. Pothier, *Donations testamentaires*, éd. Bugnet, t. 8, nº 136. Il en serait, ajoute-t-il, autrement, si on niait, en alléguant que le testateur était hors d'état de le faire, la constatation de l'acte que le testateur avait dicté son testament au notaire. Remarquons toutefois que la formalité de la dictée n'est plus essentielle dans notre droit.

(*b*) M. Huc, nº 69.

connue sous le nom d'action *ab irato*, n'existe plus en l'absence d'un texte formel qui l'admette (*a*). C'est aussi ce qu'a jugé, en cette province, la cour de revision, dans une cause de *Phillips* v. *Anderson* (M. C. R., p. 87). Il est clair que cette décision s'impose. L'article 831 accorde aux majeurs sains d'esprit, et sans aucune limite ou restriction, pleine et entière liberté de tester. Du moment que la haine n'a pas rendu le testateur non sain d'esprit, la disposition testamentaire doit nécessairement être maintenue quelque injuste qu'elle soit.

Quant aux monomanes, c'est-à-dire ceux qui, fous sur un point, sont raisonnables sur tous les autres, on annulera le testament s'il est l'œuvre de la partie malade de l'intelligence, et on le respectera, au contraire, s'il est le fruit de la partie saine, et même, par application de cette règle, on pourrait annuler certaines dispositions d'un testament tout en maintenant les autres (*b*).

Le testament, lorsqu'il est l'œuvre d'une intelligence atteinte d'insanité d'esprit, est radicalement nul, car il y avait chez le testateur absence complète de volonté, et non une volonté viciée. L'action en nullité n'a donc pour but que de faire constater cette nullité ; elle est partant imprescriptible et appartient à toute personne intéressée (*c*).

Il me reste à dire comment cette question de la santé d'esprit requise pour pouvoir tester a été envisagée par nos tribunaux. Comme ce n'est là au fond qu'une question de fait que l'on détermine suivant les circonstances de chaque espèce, je me bornerai à citer les arrêts qui posent des principes.

Ainsi, dans une cause de *Close* v. *Dixon* (17 L. C. J., p. 59), le juge Johnson a jugé que lorsque l'insanité d'une personne a été clairement démontrée, il faudra une preuve très forte pour faire admettre l'existence d'un intervalle lucide, et en l'absence de telle preuve, le tribunal ne maintiendra pas un testament qu'on allègue avoir été fait pendant un intervalle lucide.

Dans la cause de *Lacombe* v. *Dambourgès* (3 L. C. L. J., p. 10),

(*a*) Voy. MM. Baudry-Lacantinerie, nº 371, et Huc, nº 69.

(*b*) MM. Baudry-Lacantinerie, nº 372, Huc, nº 69.
Ainsi, si la haine injuste du testateur contre son héritier provenait de l'illusion que ce dernier tramait contre lui des complots perpétuels, le testament dicté par cette haine devrait être annulé, car alors il serait l'œuvre de la partie malade de l'intelligence du testateur.

(*c*) M. Huc, nº 71.

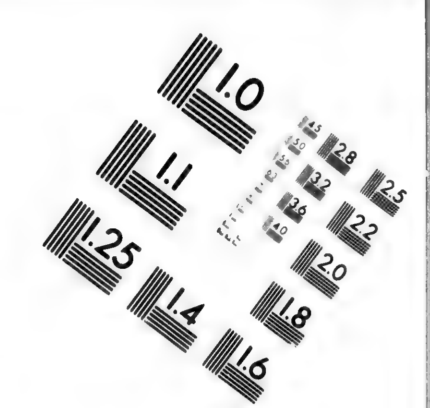
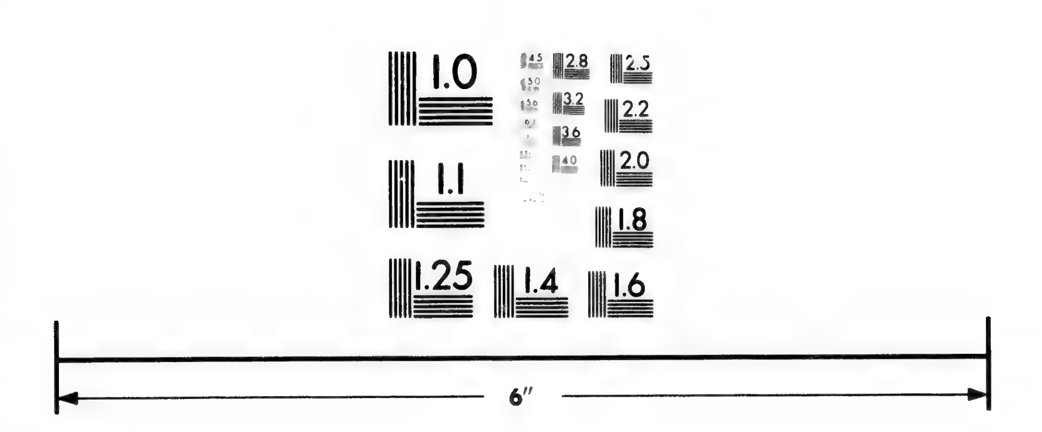


IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)




2.8
2.5
3.2
2.2
3.6
2.0
1.8
1.6
1.1
1.0

le juge Monk a décidé que quand le testateur n'était pas interdit lors du testament et qu'il n'y a pas de preuve qu'il fût victime d'hallucinations, il y a présomption de sa sanité d'esprit.

Dans la cause de *Canac* & *Canac* (1 Q. L. R., p. 50), la cour d'appel a refusé d'annuler un testament fait par un individu qui avait perdu la mémoire des mots, mais qui avait conservé une parfaite intelligence des choses.

Mais la même cour a annulé, dans une cause de *Chapleau* & *Chapleau* (1 L. N., p. 473), un testament fait pendant un accès de délire tremblant *(delirium tremens)*, dont le testateur était mort quelques jours après.

Au contraire, dans une cause de *The Royal Institution for the Advancement of Learning* v. *Scott* (26 L. C. J., p. 247), feu le juge Loranger a décidé que la seule excentricité de conduite qui ne témoigne pas d'un désordre mental permanent, ne suffit pas pour faire invalider un testament (*a*).

Enfin, dans la cause de *Baptist* & *Baptist* (23 *Supreme Court Repts*, p. 37), la cour suprême a jugé que l'article 831, qui exige que le testateur soit sain d'esprit, ne s'applique pas seulement à celui qui est frappé de folie, mais encore à celui qui, à raison de la faiblesse de son esprit, est incapable d'apprécier la portée et les conséquences de ses actes.

2º *Des personnes dont le consentement a été vicié par l'erreur, la violence ou le dol.*—Nous venons d'étudier les cas où il y a absence totale de volonté chez le testateur à raison de l'insanité de son esprit ; là, la cause d'incapacité est intérieure et se rattache exclusivement à la personne du testateur. Il s'agit maintenant des personnes dont la volonté, en la supposant absolument saine, a été viciée par suite de causes ou de circonstances extérieures. On peut, en étendant quelque peu les termes, étudier ces causes ou circonstances extérieures sous le chef des incapacités de fait, car si le testateur a fait son testament sous l'empire de l'erreur, de la violence ou du dol, on ne peut dire qu'en fait il était capable de faire un testament libre et spontané.

Le code a fait de ces circonstances des causes de nullité des contrats (art. 991) (*b*), et quoique le testament n'ait pas un

(*a*) Dans le même sens, voy. l'arrêt rendu par la cour de revision à Montréal, la cause de *Demers* v. *Beaudin*, R. J. Q., 11 C. S., p. 465.

(*b*) Il ne peut être, bien entendu, question de lésion en matière de testament.

caractère contractuel, on peut dire que ces causes de nullité s'appliquent *a fortiori* aux dispositions testamentaires, lesquelles, puisqu'elles confèrent au légataire un bénéfice gratuit, doivent être l'œuvre d'une volonté plus réfléchie, plus libre, plus spontanée que celle qui préside à la formation d'un contrat onéreux. Pour cette raison même, il n'est pas nécessaire, pour faire annuler un testament, que l'erreur, la violence ou le dol ait la même gravité que s'il s'agissait de l'annulation d'un contrat à titre onéreux (*a*).

Je vais donner quelques mots d'explication sur chacune de ces causes de nullité (*b*).

L'erreur.—L'erreur, en matière de testament, est une cause de nullité qui tient à l'état d'esprit du testateur lui-même, lequel a dicté ses dernières volontés sous l'empire d'un faux jugement. L'erreur en droit consiste à croire vrai ce qui est faux et faux ce qui est vrai. Elle peut être exclusive du consentement, ou bien vici r ce consentement qui ne disparaît pas entièrement, ou enfin ne l'altérer que d'une manière légère. Dans le premier cas, le contrat ou le testament est inexistant ou radicalement nul ; dans le second, il est annulable ; dans le troisième, l'erreur est sans influence sur sa validité (*c*).

L'article 992 donne une expression concise à cette doctrine en nous disant que l'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle tombe sur la nature même du contrat, sur la substance de la chose qui en fait l'objet, ou sur quelque chose qui soit une considération principale qui ait engagé à le faire. Il ne s'agit que d'appliquer cette règle aux testaments.

Il est évident que si le testateur s'est trompé sur la nature

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 373.

(*b*) Pothier, *Donations testamentaires*, ch. II, sec. 2, éd. Bugnet, t. 8, nº 72, p. 247, énumère comme suit les vices qui peuvent se rencontrer dans les dispositions testamentaires : l'obscurité, l'erreur, la suggestion, les mauvais motifs, certaines conditions qui contredisent les dernières volontés. L'obscurité peut constituer une erreur ou en être l'indice ; elle peut du reste n'être que matière à interprétation sans être une cause de nullité. Celle que Pothier envisage est cependant l'obscurité absolue qui ne permet pas de discerner la volonté du testateur. La suggestion se rattache au dol. Les mauvais motifs entraîneront la nullité du testament lorsqu'ils sont contraires à la loi ou aux bonnes mœurs ; ce n'est là que l'application de l'art. 831, et je puis renvoyer à ce que j'ai dit *supra*, pp. 10 et suiv., des conditions illicites dans les donations et les testaments. Je puis en dire autant des conditions qui sont contraires à la nature du testament.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, nº 800.

même de l'acte; s'il voulait faire une donation entre vifs sujette à l'acceptation et qu'il ait fait un acte qui revêt toutes les formes du testament, cet acte est entièrement dénué d'effet comme testament et n'a aucune existence légale. Il serait en pratique très difficile de démontrer une semblable erreur. Le testateur étant décédé, on n'a en général d'autre indice de sa volonté que l'acte qu'il a signé. Mais il peut se faire qu'on ait la preuve que le testateur a été trompé sur la nature de l'acte qu'on lui faisait signer, et alors l'erreur se compliquerait du dol, ou bien, des termes de l'acte il peut résulter que le défunt voulait faire une donation entre vifs sujette à l'acceptation; dans ce cas il sera question surtout de l'interprétation de l'acte et de la volonté du disposant, et le tribunal pourra s'aider de circonstances intrinsèques ou mêmes extérieures.

Il y aura difficilement erreur quant à la chose, car si le testateur lègue par erreur une chose qui ne lui appartient pas, le legs sera nul indépendamment de l'erreur (art. 881). Le plus souvent l'erreur portera soit sur le motif, soit sur la personne du légataire. Mais il peut y avoir obscurité quant à la chose léguée. Ainsi, le legs d'une somme d'argent, sans indication du montant, ne conférera aucun droit au légataire, à moins que la disposition ne permette de voir de quelle somme le testateur voulait le gratifier, comme s'il était dit que le legs était à titre de pension alimentaire. Il ne resterait alors qu'à fixer le chiffre de la pension d'après les circonstances du légataire. Si le legs est d'une maison sans autre indication et que le testateur en possède plusieurs, l'héritier choisira à son gré celle qu'il voudra délivrer au légataire. L'erreur dans le nom ou la désignation de la chose n'affectera pas la disposition, si d'ailleurs on peut voir quelle chose le testateur entendait léguer (*a*).

L'erreur quant à la personne du légataire ou quant au motif du legs se rencontrera plus fréquemment. Ainsi, si le testateur voulait gratifier une certaine personne et qu'il en désigne une autre par suite d'une erreur démontrée, M. Huc (*b*) dit que la libéralité ne peut valoir ni en faveur de la personne désignée ni en faveur de celle qu'il voulait gratifier. Il me semble toutefois que, si l'on ne peut douter de l'identité de la personne que le testateur voulait favoriser du legs, ce serait

(*a*) Voy. Pothier, *Donations testamentaires*, t. 8, nos 78 et suiv.

(*b*) Tome 6, no 72.

une simple erreur de nom sans conséquence (*a*). Lorsque l'erreur porte sur la qualité du légataire, elle ne sera une cause de nullité que si cette qualité était le motif déterminant de la libéralité, comme quand le testateur fait un legs, pour tenir lieu de droits successifs, à une personne qu'il désigne erronément comme sa parente et son héritière. Le motif déterminant du legs c'est la qualité de parent et d'héritier du légataire.

L'article 838 s'occupe également de la désignation du légataire. Il dit qu'il n'est pas nécessaire que la personne avantagée par testament soit désignée et identifiée d'une manière absolue, mais qu'il suffit qu'elle soit clairement reconnue à cette époque pour celle qui était dans l'intention du testateur. En effet, le sens attribué à certains termes cède toujours devant l'expression formelle ou autrement suffisante de la volonté du testateur dans un autre sens ou pour avoir un effet différent (art. 872).

Donc, les tribunaux doivent surtout rechercher quelle a été la volonté du testateur, et si l'on ne peut douter de sa volonté de gratifier une certaine personne ou un corps public, le fait que la désignation de cette personne ou de ce corps serait inexacte ou défectueuse ne saurait affecter le legs.

Je rendrai cette exposition de principes plus lucide en citant quelques exemples que donne Pothier (*b*).

Ainsi, le testateur avait deux amis du nom de Pierre avec chacun desquels il était également lié. Il lègue une maison à son ami Pierre. Ou bien, après avoir fait un legs à chacun de ces deux Pierre, il déclare, par un codicille, qu'il révoque le legs qu'il avait fait à son ami Pierre. Si aucune circonstance ne fait voir, dans le premier cas, lequel de ses deux amis il voulait gratifier, dans le second cas, lequel des deux legs il entendait révoquer, Pothier décide que ces legs seront nuls pour cause d'obscurité, mais il ajoute que s'il existe des circonstances qui puissent faire présumer que le testateur a voulu léguer à l'un plutôt qu'à l'autre, comme si l'un des deux lui a rendu des services plus signalés ou si l'un d'eux est son parent, le legs sera valable à l'égard de celui en faveur duquel ces circonstances militent.

Que si le testateur fait un legs "à la ville," sans la désigner, ou à "l'hôpital" sans le nommer, Pothier est d'avis que le

(*a*) Telle me paraît être la portée bien évidente de l'art. 838. Voy. aussi Pothier, t. 8, nº 76.

(*b*) *Donations testamentaires*, éd. Bugnet, t. 8, nºs 73 et suiv., p. 247.

legs appartiendra à la ville où le testateur était domicilié lors du testament ou à l'hôpital de cette ville.

L'erreur dans le nom, lorsqu'on ne peut ignorer quelle est la personne que le testateur voulait avantager, est sans effet sur la validité du legs.

Ainsi, le testateur avait un seul domestique du nom de Jacques, et cependant il fait un legs à son domestique Pierre; Jacques est la personne que le testateur voulait avantager et il pourra réclamer le legs. L'erreur quant à la désignation du légataire, comme si le testateur fait un legs en faveur d'une personne qu'il désigne comme sa parente, bien qu'elle ne le soit pas, sera également sans effet sur la validité de la disposition, à moins que—ainsi que je l'ai dit plus haut—la désignation du légataire n'ait été le motif déterminant du legs (*a*).

Conformément à ces principes, le juge Mackay a décidé, dans la cause de *Lane* v. *Taylor* (4 L. N., p. 386), qu'une erreur dans le nom du légataire n'annule pas la disposition lorsque la personne que le testateur voulait gratifier est indiquée d'une manière non équivoque.

La violence.—Il est évident que la violence serait une cause de nullité d'un testament. Quel qu'ait été l'auteur de la contrainte, il suffit que la volonté du testateur n'ait pas été libre.

Le dol.—On comprend également que le dol, étant un vice du consentement, est une cause d'annulation du testament. Il se traduit le plus souvent par la *suggestion* ou la *captation*, dont j'ai parlé plus haut (*b*), et qui ne peuvent être invoquées que lorsqu'elles ont porté une atteinte morale à la liberté du testateur, en l'induisant en erreur d'une manière assez grave pour que cette erreur soit le motif du legs, ou qu'elles ont produit une volonté différente de celle qu'il aurait eue s'il avait été laissé à son inspiration personnnelle. Il importe peu que l'auteur du dol ait ou non profité du testament attaqué. Comme la suggestion ou la captation a pu se limiter à certains legs, les autres ayant été libres et réfléchis, ces derniers devraient être maintenus (*c*). Le fait qu'un long intervalle se serait écoulé entre la date du testament et la mort du testa-

(*a*) *Supra*, p. 253.

(*b*) *Supra*, p. 52.

(*c*) Le juge n'aurait pas le pouvoir de réduire le legs attaqué ; il ne pourrait que l'annuler ou le maintenir : M. Baudry-Lacantinerie, n° 375.

teur, pendant lequel le testateur avait pleine liberté de révoquer les dispositions qu'on lui avait suggérées ou arrachées, pourrait amener la conclusion que le dol ou la violence n'avait pas été sérieux (*a*).

A tout événement, il est certain que l'action en nullité pourrait être éteinte par prescription. On enseigne, en France, que la prescription dans ce cas est de trente ans et non de dix ans, car, dit-on, l'art. 1304 du code Napoléon, qui fait prescrire l'action en rescision de *conventions* par dix ans, ne s'applique qu'aux conventions et non aux testaments (*b*). Le même argument a la même force dans notre droit, car notre article 2258 qui correspond à l'article 1304 du code français, ne parle que des *contrats*.

Mais il n'y a plus, dans notre droit, à l'inverse du droit ancien et du droit français moderne, de présomption légale de suggestion ou de captation. Nous rencontrons ici une disposition analogue à celle de l'article 769 au chapitre *Des donations entre vifs*. Cet article est en ces termes :

839. " Les présomptions légales de suggestion et de défaut " de volonté dans les dispositions testamentaires, à cause seu- " lement des relations de prêtre ou ministre, médecin, avocat " ou procureur, qui existent chez le légataire à l'égard du tes- " tateur ont disparu par l'introduction de la liberté absolue " de tester. Les présomptions dans ces cas ne s'établissent que " comme dans tous autres."

Cet article n'est pas donné comme étant de droit nouveau. En effet, la législation de 1774 et 1801 avait abrogé ces présomptions légales en même temps que les vieilles entraves du droit ancien. C'est ce que l'on a jugé, dans une cause de *Harper* v. *Bilodeau* (11 L. C. R., p. 119), où il s'agissait d'un legs qu'un testateur avait fait à son confesseur.

Je puis du reste renvoyer à l'explication de l'article 769, *supra*, p. 54.

Il me reste à citer quelques arrêts sur la suggestion ou captation en matière de testaments.

Ainsi, dans une cause de *Lacombe* v. *Dambourgès* (3 L.C.L.J., p. 10), le juge Monk a décidé que le fait que le légataire savait que le testateur avait changé son testament de manière à le favoriser, ne fait pas présumer que ce légataire avait employé une influence indue à l'égard du testateur pour

---

(*a*) M. Huc, nº 74.

(*b*) Laurent, t. 19, nº 26. *Junge* M. Huc, t. 8, nº 191.

obtenir ce résultat ; que le legs d'une part d'enfant à deux nièces du testateur qui, pendant plusieurs années l'avaient servi et soigné, n'offre rien de déraisonnable.

Dans la cause de *Dorion* & *Dorion* (9 R. L., p. 97), la cour d'appel a repoussé un plaidoyer opposant la prescription de dix ans à une action demandant la nullité d'un testament pour cause de suggestion, captation et violence, décidant que la prescription trentenaire est la seule qui puisse éteindre une telle action.

Dans la cause de *David* v. *Dufresne* (R. J. Q., 7 C. S., p. 328), la cour de revision à Montréal a jugé que pour être une cause de nullité, la suggestion et la captation doivent avoir le caractère de dol et de fraude de manière à tromper la volonté du testateur et qu'il ne peut y avoir captation qu'autant que les manœuvres qui ont été employées ont déterminé la volonté du disposant. Dans l'espèce, la cour de revision était d'avis que les présomptions de suggestion et de captation que le demandeur tirait des circonstances exceptionnelles de la vie de la testatrice lors du testament et auparavant, disparaissaient devant la preuve que celle-ci avait disposé de ses biens avec la plus entière liberté et en pleine possession de ses facultés mentales.

IV. A quelle époque la capacité de tester doit exister.—Tout révocable qu'il est, le testament est complet du moment qu'il a été signé par le testateur. Il n'exige nullement, comme la donation entre vifs, le concours de la volonté du bénéficiaire ; même cette volonté ne peut légalement s'exprimer qu'à un moment où celle du testateur aura cessé d'exister. Donc, si le testateur avait la capacité requise quand il a exprimé sa volonté de disposer, l'incapacité qui peut lui survenir dans la suite ne saurait affecter la manifestation qu'il a faite de sa volonté en état de capacité, même elle rendra cette manifestation irrévocable. Ainsi la capacité de disposer suffit, ou plutôt elle emporte capacité de transmettre. Il n'y a qu'une seule exception à cette règle, c'est le cas de la personne morte civilement par suite d'une condamnation judiciaire et qui décède sous le coup de la sentence. Alors, la capacité de transmettre n'existe pas (*a*). Cette règle et l'exception qu'elle comporte sont énoncées en ces termes par l'art. 835 :

(*a*) Remarquons que tous les incapables, sauf le condamné à une peine qui emporte mort civile, sont capables de *transmettre* et c'est pour cette raison que dans leur cas la capacité ne se considère qu'au moment du testament.

835. " **La capacité du testateur se considère au temps de son " testament ; néanmoins le testament fait antérieurement à " la sentence de condamnation emportant mort civile est sans " effet si le testateur décède sous l'effet de cette sentence " (*a*).**

Je crois que cette disposition ne peut donner lieu à aucune difficulté. Les mots " au *temps* du testament," montrent, comme je l'ai dit plus haut, que si l'on fait voir que, pendant l'époque que comprend la confection du testament, le testateur n'avait pas la capacité requise, il ne sera pas nécessaire de prouver qu'à l'instant précis de la signature du testament, il était en état d'incapacité (*b*).

§ II.—*De la capacité de recevoir par testament.*

I. Quelles personnes peuvent recevoir par testament. — Comme conséquence du principe de la liberté illimitée de tester, la capacité de recevoir est également illimitée, plus encore que celle de disposer, puisque les mineurs, les interdits et les insensés, qui sont incapables de tester, peuvent cependant

---

(*a*) Il n'y a pas de tel article sous le code Napoléon. M. Baudry-Lacantinerie (nº 405), à l'exemple des autres auteurs, pose la règle que le testateur doit avoir la capacité de *droit* lorsqu'il dispose et lorsqu'il transmet, c'est-à-dire au moment du testament et de son décès, mais que la capacité de *fait* lors de la confection du testament suffit, quand même le testateur ne l'aurait plus à sa mort.

J'ai cru préférable d'énoncer la règle de notre droit dans les termes de l'article 835. L'interdiction pour démence, bien qu'elle constitue une incapacité de droit, ne ferait jamais annuler, lorsque le testateur décède sous le coup de cette interdiction, le testament qu'il aurait fait en pleine santé d'esprit et avant l'interdiction. Dans le cas de cette interdiction, on peut objecter au système adopté en France que l'incapacité de droit se confond avec l'incapacité de fait, et que, comme cette dernière n'affecte pas le testament antérieur, il doit en être de même de l'incapacité de droit qui résulte de la constatation de cette incapacité de fait. Pour cette raison même, outre la différence des textes, nous devons écarter une distinction qui ne peut que créer de la confusion, et qui au surplus est inexacte dans notre droit, puisque de toutes les incapacités de droit, la mort civile, et seulement lorsqu'elle résulte d'une condamnation judiciaire, peut entraîner la nullité du testament antérieur, quand le testateur meurt sous le coup de la sentence. La mort civile du religieux est également une incapacité de droit, mais elle serait sans effet sur un testament fait avant la prononciation des vœux solennels. Donc, nous devons poser la règle que la capacité de disposer n'est requise que lors de la confection du testament, sauf le cas où le testateur décède sous l'effet d'une sentence judiciaire emportant mort civile.

(*b*) *Supra*, p. 247.

recevoir par testament. En effet, l'article 831 porte que tout majeur sain d'esprit et capable d'aliéner ses biens peut en disposer par testament " soit en faveur de son conjoint en " mariage, ou de l'un ou de plusieurs de ses enfants, soit de " toute autre personne capable d'acquérir ou de posséder." Donc, toute personne quelconque, capable d'acquérir ou de posséder, peut recevoir par testament. J'aurai à énumérer dans un instant les personnes qui sont incapables de recevoir par testament, pour la raison qu'elles sont incapables d'acquérir et de posséder. Pour le moment, précisons avec un peu plus de détails la règle générale qu'énonce l'article 831 quant à la capacité de recevoir. Peuvent donc recevoir par testament :

1° *Le conjoint par mariage à l'égard de son conjoint.*— J'ai dit plus haut, p. 239, que, sous l'empire de la coutume de Paris (art. 282), le conjoint ne pouvait rien recevoir par testament de son conjoint. Cette incapacité a été abrogée par la législation de 1801.

2° *L'un ou plusieurs enfants du testateur.*—Autrefois, à cause des réserves coutumières, des dispositions de l'édit des secondes noces et d'autres lois restrictives, chacun des enfants du testateur pouvait réclamer, comme aujourd'hui en France, une portion indisponible de sa fortune. Il s'ensuivait que le testateur ne pouvait léguer tous ses biens à l'un d'eux. Ces restrictions sont également disparues depuis le statut 41 Geo. III, ch. 4 (1801).

3° *Les mineurs, les interdits et les insensés.*—Pouvant acquérir et posséder, bien qu'ils n'aient pas la libre jouissance de leurs biens, ces personnes peuvent recevoir par testament. Il n'était pas pour cela besoin d'une déclaration expresse du testateur après la disposition générale de l'article 831. Pourtant nous trouvons cette déclaration à l'article 837 qui est en ces termes :

837. " Les mineurs, les interdits, les insensés, quoique incapables de tester, peuvent recevoir par testament."

Ce principe a toujours été reconnu dans l'ancien droit et l'est encore en France.

4° *Les tuteurs et curateurs à l'égard de leurs anciens pupilles.*—Nous avons vu que les mineurs devenus majeurs et autres qui ont été sous puissance d'autrui ne peuvent donner entre vifs à leurs anciens tuteurs ou curateurs (sauf quand leurs propres ascendants ont exercé ces charges), pendant que leur administration se continue de fait et jusqu'à ce qu'ils aient rendu compte (art. 767). Rien de tel n'existe dans le

cas des testaments. Le principe de la liberté illimitée de tester rend valides ces dispositions que, dans l'ancien droit, l'ordonnance de 1539, art. 131, avait prohibées. Les tribunaux auront cependant à déterminer si la disposition testamentaire a été libre, ou si elle est l'œuvre de la suggestion ou de la captation.

5° *Les concubins, l'un à l'égard de l'autre, et les enfants naturels, soit simples, soit incestueux ou adultérins, à l'égard de leurs père et mère.*—Sous l'ancien droit, des dispositions testamentaires par un concubin en faveur de sa concubine, ou par un père ou une mère en faveur de leurs enfants adultérins ou incestueux, étaient limitées à des aliments, et nous avons vu qu'il en est encore ainsi quant aux donations entre vifs (art. 768). L'ancien droit permettait à un père ou à une mère de faire des legs particuliers à leurs enfants naturels simples, mais prohibait les legs universels. Toutes ces entraves ont disparu depuis la législation de 1801, et c'est ce que le conseil privé a jugé dans la cause de *King & Tunstall* (20 L. C. J., p. 49 ; 6 R. L., p. 358 ; et 6 P. C. App., p. 55). Il restera, bien entendu, à vérifier, surtout dans le cas de legs entre concubinaires, si le testament n'est pas atteint du vice de la suggestion ou de la captation.

6° *Les enfants qui ne sont pas encore conçus au décès du testateur.*—Nous savons que ces enfants sont incapables de recueillir par succession *ab intestat* (art. 608), mais nous avons vu qu'ils peuvent recevoir par donation entre vifs dans un contrat de mariage, avec ou sans substitution (art. 772, 818, 819 et 820). Ils peuvent également recevoir des legs, à la condition d'être conçus et de naître ensuite viables lorsque le legs prend effet en leur faveur (art. 838), bien que le testateur soit mort auparavant. Il en est autrement en France, où l'alinéa 2 de l'article 906 du code Napoléon porte que " pour " être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu " à l'époque du décès du testateur." M. Baudry-Lacantinerie (n° 405) exige cette existence ou cette conception à l'époque du décès du testateur, même lorsque la condition apposée au legs ne s'est réalisée qu'après cette époque. Il y a toutefois controverse sur ce dernier point.

II. Quelles personnes sont incapables de recevoir par testament.—L'article 831 indique assez quelles sont ces personnes en disant que les testaments peuvent être faits en faveur du conjoint, de l'un ou de plusieurs des enfants du testateur, ou de *toute*

autre personne capable d'acquérir ou de posséder. Donc, sont incapables de recevoir par testament les personnes qui sont incapables d'acquérir ou de posséder. Je puis indiquer :

1° *Les personnes qui sont mortes civilement.*—Leur incapacité est écrite à l'article 36 et elle a lieu quelle que soit la cause de la mort civile. Remarquons toutefois que l'ancien droit permettait, et que notre droit actuel (art. 36, § 2) autorise des legs d'aliments en faveur de la personne morte civilement, et cela sans égard à la cause qui a entraîné la mort civile. Cette incapacité n'est donc pas absolue.

2° *Les corporations et les mainmortes.*—L'incapacité des corporations et des mainmortes n'est pas non plus absolue.

En effet, l'article 836 porte que " les corporations et main- " mortes ne peuvent recevoir par testament que dans la limite " des biens qu'elles peuvent posséder." J'ai défini ces limites en mon tome 2, pp. 358 et suiv.

Il convient de remarquer que toutes les incapacités de tester sont absolues ; tandis que les incapacités de recevoir sont toutes relatives. En effet, la personne qui est privée de la jouissance des droits civils a cependant droit à des aliments. Les corporations et mainmortes ont également le droit d'acquérir, il est vrai que ce droit est sujet à des autorisations et est restreint dans des limites posées par le législateur, mais, sauf ces conditions, la capacité des corporations et mainmortes d'acquérir par dispositions testamentaires n'est pas douteuse.

Ajoutons que les legs qui dépassent ces limites sont réductibles et non pas absolument nuls, à moins que l'incapable n'ait déjà tous les aliments auxquels il aurait droit ou que son pouvoir d'acquérir ne soit épuisé.

Enfin, les incapacités de tester sont de droit ou de fait ; les incapacités de recevoir sont toutes de droit ; il n'existe aucune incapacité de fait dans le cas du légataire.

III. A quelle époque la capacité de recevoir doit exister.—Nous avons vu que, sauf dans le cas où le condamné, qui a encouru la mort civile, meurt sous l'effet de la sentence de condamnation, il faut se placer à l'époque de la *disposition* pour déterminer la capacité de tester, et que l'époque de la *transmission* est indifférente. Cette dernière époque, au contraire, est celle où la capacité de recevoir doit exister chez le légataire ; à son égard l'époque de la *disposition* est indifférente. Mais à ce propos remarquons :

Que le legs peut être pur et simple ;

Qu'il peut être conditionnel ;

Qu'il peut être fait, par voie de substitution, en faveur d'un second ou troisième bénéficiaire après la mort ou l'expiration de la jouissance du bénéficiaire antérieur (*a*).

Le législateur pose pour tous ces cas divers une règle unique. La capacité doit exister chez le légataire lorsque son droit s'ouvre, en d'autres termes, lorsque le legs prend effet en sa faveur.

Il s'ensuit que quand le legs est pur et simple, le légataire doit être en état de capacité à la mort du testateur ; quand il lui arrive par voie de substitution, sa capacité est exigée à l'ouverture de la substitution ; lorsque, enfin, il le recueille par la réalisation de la condition apposée au legs, il doit à ce moment être capable de recevoir, car, dans chacun de ces cas, ces diverses époques marquent l'ouverture de son droit.

C'est donc à ces époques, suivant le cas, que se considère la capacité du légataire.

Nous trouvons du reste l'énonciation de cette règle à l'article 838 qui est en ces termes :

838. " La capacité de recevoir par testament se considère " au temps du décès du testateur ; dans les legs dont l'effet " demeure suspendu après ce décès soit par suite d'une condi- " tion, soit dans les cas de legs à des enfants à naître et de " substitution, cette capacité se considère au temps où le droit " est ouvert.

" Il n'est pas nécessaire que la personne avantagée par tes- " tament existe lorsque cet acte est fait, ni qu'elle y soit dési- " gnée et identifiée d'une manière absolue. Il suffit qu'elle existe " au décès du testateur ou qu'elle soit alors conçue et naisse " ensuite viable, et qu'elle soit clairement reconnue à cette " époque pour celle qui était dans l'intention du testateur. " Même dans les legs qui demeurent suspendus, tel qu'il est " mentionné précédemment au présent article, il suffit que le " légataire existe ou soit conçu, avec la condition qu'il naîtra " viable, et qu'il se trouve être la personne indiquée, au temps " où le legs prend effet en sa faveur " (*b*).

La règle générale est donc que le légataire doit être capable

---

(*a*) Nous verrons qu'il peut arriver que, bien que le legs soit pur et simple, il soit fait à une personne qui n'existe pas au décès du testateur, comme dans le cas du legs à un enfant à naître.

(*b*) Le lecteur verra, par la comparaison des textes, en quoi cet article diffère de l'alinéa 2 de l'art. 906 du code Napoléon.

au temps du décès du testateur ; si le légataire est incapable à ce moment ou s'il n'a pas survécu au testateur, le legs est caduc (voy. les art. 900 et 904). Cependant, ajoute l'art. 838, dans les legs dont l'effet demeure suspendu après ce décès, soit par suite d'une condition, soit dans les cas de legs à des enfants à naître et de substitution (*a*), cette capacité se considère au temps où le droit est ouvert.

L'effet du legs est suspendu :—

1° Quand ce legs est conditionnel ;

2° Quand il est fait à des enfants à naître ;

3° Dans les cas de substitution.

A vrai dire, ces trois cas n'en forment qu'un seul, car le legs fait à des enfants à naître ou à une personne par voie de substitution est conditionnel, puisque le testateur lègue ses biens à l'enfant à naître, à la condition qu'il naîtra, et à l'appelé, à la condition qu'il existera à l'époque de l'ouverture de la substitution. Cependant, ce sont des conditions spéciales qu'on n'admet pas en France aujourd'hui, et le législateur a bien fait, puisqu'il entendait les autoriser, de s'en expliquer expressément, sans quoi la légalité d'un legs à des enfants à naître serait peut être discutable. Je vais maintenant expliquer d'une manière sommaire chacun de ces cas.

1° *Du legs conditionnel.* — Il s'agit ici de la condition *suspensive*, puisque l'effet du legs est *suspendu.* Si la condition était résolutoire, le légataire serait saisi du legs dès le moment de la mort du testateur, et il devrait être en état de capacité lors de ce décès. Mais comme la condition est suspensive, le moment capital est celui où elle s'accomplit.

Cependant, il ne faut pas confondre la *condition* avec le *terme.* Quand il n'y a qu'un terme apposé à l'exécution du legs, le légataire est saisi de ce legs dès la mort du testateur, l'exécution ou le paiement seul en est remis à plus tard, et il s'ensuit que la capacité doit exister chez le légataire, non pas au moment de l'échéance du terme, mais à l'heure du décès du testateur.

Ajoutons que la condition, pour suspendre l'effet du legs, doit dépendre d'un événement incertain. Si l'événement doit certainement arriver, mais que l'époque de son arrivée seule soit incertaine, ce n'est plus une condition ; c'est un terme. Ainsi un testateur lègue une maison à son cousin si son frère vient à mourir. Il est certain que le frère du testateur

---

(*a*) Le texte anglais de l'article 838 dit : "*or* of a substitution."

mourra ; donc cette condition équivaut à un terme, et ne fait que suspendre l'exécution du legs et non pas son effet. C'est tout comme si le testateur disait : je lègue ma maison à mon cousin, mais il n'en aura délivrance qu'à la mort de mon frère. Le légataire a acquis la propriété de cette maison dès le décès du testateur ; il faut donc qu'il soit en état de capacité à ce moment et s'il a eu cette capacité, il importe peu qu'il la perde ou qu'il décède avant la mort du frère du testateur. Il aura, dans un cas comme dans l'autre, transmis la propriété du legs à ses héritiers (voy. l'art. 902).

Il en serait autrement si le testateur disait : je lègue ma maison à mon cousin s'il survit à mon frère. Ce legs serait conditionnel, car la survie du cousin au frère du testateur est un événement incertain. Donc, il importe peu que le légataire soit en état de capacité au moment du décès du testateur, pourvu qu'il le soit à l'heure de la mort du frère de ce dernier. S'il est incapable ou s'il est décédé à cette dernière époque, le legs sera caduc (voy. l'art. 901).

Lorsque le legs est conditionnel, l'héritier du testateur est saisi de la chose léguée pendant l'intervalle qui s'écoule entre la mort du testateur et l'accomplissement de la condition, et il peut en disposer. Mais sa propriété et les droits qu'il consent sur cette chose sont résolubles, et sont réputés n'avoir jamais existé si la condition se réalise. Si cette condition vient à défaillir, l'héritier du testateur profitera de la caducité du legs.

Conformément à ces principes, le juge Taschereau a jugé, dans la cause de *Prescott* v. *Thibault* (M. L. R., 1 S. C., p. 187), que le legs d'une rente annuelle, dont la moitié seulement est payable pendant la minorité du légataire et dont l'autre moitié doit être capitalisée et payée à ce légataire à sa majorité, avec le total de la rente, est un legs à terme et un droit acquis transmissible aux héritiers du légataire.

2° *Du legs à des enfants à naître.* — Ce legs est fait à la condition *si nascatur.* Ainsi, Pierre lègue ses biens sans substitution aux enfants à naître du mariage de son fils Jean. Au décès de Pierre, Jean n'est pas encore marié, ou bien, quoique marié, il n'a encore aucun enfant même conçu. La validité de ce legs, qui est conditionnel, puisqu'il est fait à la condition que Jean aura des enfants, était reconnue par l'ancien droit, et notre article la consacre expressément. Le legs étant conditionnel, il s'ensuit que dans l'intervalle qui s'écoulera entre la mort du testateur et la naissance des enfants de Jean, la

chose léguée sera la propriété des héritiers de Pierre, de Jean s'il est le seul enfant du testateur. Cette propriété sera résolue à la naissance du premier enfant de Jean, et cet enfant sera alors seul propriétaire de la chose léguée, sauf la résolution de son droit de propriété pour une moitié, s'il naît un autre enfant à Jean, et ainsi de suite. Si le premier enfant de Jean décède avant la conception du second, la chose léguée ira par droit de succession à ses héritiers, mais à la naissance du second enfant, la moitié de la chose léguée deviendra la propriété de cet enfant, car le droit de propriété des héritiers du premier enfant se trouvera résolu pour moitié, comme l'eût été le droit de cet enfant s'il avait vécu. Dans aucun cas la propriété de la chose léguée ne se trouve en suspens et, sans l'aide d'une substitution, le légataire, quand il se trouvera en état de capacité, recueillera le legs.

Dans la cause de *Desjardins* v. *Bellerose* (17 R. L., p. 56 et M. L. R., 5 S. C., p. 91), il s'agissait de l'application de ces principes. Le testateur avait légué ses biens aux enfants nés et à naître du mariage de son fils, pour être séparés entre eux, par parts égales, à leur âge de majorité. Le juge Mathieu a décidé que les enfants nés lors du décès du testateur avaient le droit d'obtenir, à leur majorité, leur part des biens, sans égard aux enfants à naître alors, les droits de ces enfants, s'ils en avaient, ne pouvant être que ceux d'appelés à une substitution qui résulterait de cette disposition. Je dois faire observer, cependant, qu'il n'est pas nécessaire d'imaginer une substitution dans un cas comme celui-là. Le legs étant fait à la condition de la naissance des enfants, les enfants nés se partagent les biens, sous la condition résolutoire de la naissance d'autres enfants (*a*).

3° *Du legs avec substitution.*—Il y a encore ici, quant à l'appelé, un legs conditionnel. Il recueille le legs s'il est en état de capacité à l'ouverture de la substitution, autrement le grevé, dont le droit de propriété était résoluble, demeurera—lui ou ses héritiers—propriétaires incommutables de la chose léguée. Cette énonciation sommaire suffit pour le moment.

Il n'est pas nécessaire de rapporter au long les arrêts prononcés par le conseil privé dans les causes de *Hamilton* & *Plenderbath* (2 R. de L., p. 1), de *King* & *Tunstall* (20 L. C. J.,

(*a*) Je pourrais encore citer le jugement du juge Papineau dans la cause de *Cupples* v. *Martin* (5 L. N., p. 428), qui ne fait qu'affirmer la légalité d'un legs à des enfants à naître.

p. 49 ; 6 R. L., p. 358 et 6 P. C. App., p. 55) et d'*Abbott & Fraser* (20 L. C. J., p. 197 ; 6 R. L., p. 365 et 6 P. C. App., p. 96), où l'on a jugé que la capacité du légataire par voie de substitution se considère à l'époque de l'ouverture et non à celle du testament.

SECTION II—DE LA FORME DES TESTAMENTS.

Généralités.

Cette section est d'une importance majeure, je puis dire que c'est la base même de ce chapitre. En effet, bien qu'il soit essentiel que l'auteur du testament ait la capacité de tester et que ses legs s'adressent à une personne capable, cette capacité sera vaine si le testament n'est pas revêtu des formes prescrites par le législateur. En ce sens, il est vrai de dire que la forme l'emporte sur le fond. Le testament est un acte solennel, sa forme est de son essence même, *forma dat esse rei.* Sans cette forme, l'acte n'est pas seulement annulable, il est radicalement nul, inexistant. Le testament qui pèche par la forme n'est pas un testament, c'est un simple papier sans valeur et sans conséquence, et ne saurait être la base d'un engagement valable.

Le législateur du reste s'en explique formellement. Le premier alinéa de l'article 855 qui termine cette section, alors que logiquement il aurait dû en être le frontispice, porte que " les formalités auxquelles les testaments sont assujettis par " les dispositions de la présente section doivent être observées " à peine de nullité, à moins d'une exception à ce sujet " (*a*).

Il n'y a pas dans cette disposition une entrave à la liberté de tester. Au contraire, les exigences de forme sont la meilleure garantie que les intentions du testateur seront respectées. En effet, les dispositions testamentaires reçoivent leur exécution à une époque où leur auteur n'est plus là pour protester contre les volontés inexactes qu'on voudrait lui prêter. On ne saurait le protéger contre l'arbitraire du moment que l'on accepterait, comme l'énonciation de sa dernière volonté, une déclaration qui se manifesterait d'une façon quelconque. Donc,

---

(*a*) Cette disposition est au même effet que l'art. 1001 du code Napoléon. Les codificateurs expliquent que l'exception qu'elle prévoit pourrait trouver son application à l'égard du dépôt requis de ceux qui remplacent les notaires dans des cas particuliers. Il s'agit des testaments privilégiés reçus dans le comté de Gaspé.

en cette matière tout est de rigueur. Les codificateurs, dans leur rapport à la législature, expriment l'espoir qu'aucune règle de cette section ne sera trouvée simplement indicative. Nous devons partant tenir que ces formalités sont irritantes, qu'un testament informe est un testament nul, que le testateur, tout en pouvant choisir entre plusieurs formes, ne peut sortir du cercle étroit que le législateur lui trace. Le dernier acte de la vie doit en être l'acte le plus sérieux ; si le testateur se trouve dans des circonstances exceptionnelles, la loi vient à son secours en lui ouvrant la voie du testament privilégié, mais elle veut, dans tous les cas, que le testament remplisse les exigences d'une des formes permises. L'ignorance des notaires peut, sans doute, rendre la volonté du testateur vaine et inefficace, mais l'inconvénient qui en résulterait—et le législateur s'est montré disposé à y parer par des lois réparatrices—ne peut se balancer contre les graves abus auxquels l'abolition de la forme donnerait lieu (*a*). Sur ce point, toutes les législations sont d'accord.

Mais il ne faut pas aller plus loin et permettre au testateur de créer d'avance des exigences de forme que la loi ne prescrit pas. Pas plus qu'une personne ne peut s'interdire la faculté de tester, si ce n'est dans une donation par contrat de mariage, elle ne peut s'astreindre dans le futur exercice de cette faculté à des formalités imaginées dans le seul but d'enchaîner sa liberté.

" Personne, dit l'article 898, ne peut soumettre la validité " du testament qu'il fera, à des formalités, expressions ou signes " que la loi n'y requiert pas, ni à d'autres clauses dérogatoires." On ne peut ainsi entraver sa liberté d'avance, et malgré un tel engagement, le testament vaudra s'il est revêtu des formalités prescrites par la loi.

Cependant, puisque le législateur donne au testateur le choix de plusieurs formes, il n'est que raisonnable d'accepter comme valable le testament qui, malgré qu'il soit nul suivant l'une de ces formes, remplit cependant les exigences d'une autre forme. Ainsi, le testateur a prétendu faire un testament authentique, mais il a négligé de se conformer aux règles que la loi prescrit à cet égard. Si le testament, nul comme testament authentique, présente toutes les conditions de forme exigées pour le testament d'après la loi anglaise, ce testament

(*a*) Remarquons que la disposition de l'art. 855 pare dans une large mesure à ces inconvénients.

sera valide. C'est du reste la disposition formelle du deuxième alinéa de l'article 855 qui est en ces termes :

" Néanmoins le testament fait apparemment sous une forme " et nul comme tel à cause de l'inobservation de quelque for- " malité, peut être valide comme fait sous une autre forme, " s'il contient tout ce qu'exige cette dernière " (*a*).

On remarquera que l'article 855 ne dit pas que ce testament *sera* valide ; il se borne à déclarer qu'il *peut être* valide. En effet, si le testateur disait que son testament ne devrait valoir que comme testament authentique, il n'y aurait qu'à donner effet à sa volonté et à juger la validité de son testament d'après les règles qui régissent cette seule forme.

Nos tribunaux ont appliqué la règle de l'article 855 dans les causes de *Meiklejohn & The Attorney General* (conseil privé, *Stuarts Reports*, p. 581 et *Knapps P. C. Rep.*, p. 328), de *Mignault & Malo* (conseil privé, 3 R. L., p. 606 ; 16 L. C. J., p. 288 ; 4 P. C. App. p. 123) et de *Canac & Canac* (1 Q. L. R., p. 50). Je n'ai pas besoin pour le moment d'analyser ces arrêts.

Dans la cause de *Lambert* v. *Gauvreau* (7 L. C. R., p. 277), jugée avant le code, il s'agissait d'un testament reçu devant un notaire et devant deux témoins dont l'un avait moins de vingt ans. La cour d'appel a décidé que ce testament était nul suivant la forme authentique, mais qu'il valait comme testament fait d'après la forme dérivée des lois d'Angleterre. Dans le temps on permettait aux mineurs de vingt ans de servir de témoins testamentaires. L'article 289 de la coutume de Paris était dans ce sens.

Il y a donc plusieurs formes de testaments, hors desquelles on ne peut tester. Je les expliquerai en détail plus loin. Ces formes peuvent se diviser en deux grandes catégories, la *forme ordinaire* et la *forme privilégiée* ou *extraordinaire*.

Le testament fait suivant la forme ordinaire est le testament du droit commun. On doit y recourir dans tous les cas où l'on ne se trouve pas dans les circonstances exceptionnelles dans lesquelles le législateur permet de tester par la voie extraordinaire.

Le testament fait d'après la forme privilégiée est un testament d'exception. Il n'est permis que dans certaines circonstances où le législateur a supposé qu'il serait très difficile sinon

(*a*) Cette disposition ne se trouve pas au code Napoléon, mais les codificateurs attestent qu'elle est conforme à la loi ancienne.

impossible de tester suivant les règles du droit commun. Les formes sont alors simplifiées, mais elles ne sont pas supprimées.

Cependant, avant d'insister sur cette division, j'aurai à tracer des règles qui s'appliquent aux testaments privilégiés comme aux testaments ordinaires. Ensuite je n'aurai qu'à exposer, séparément, les principes qui gouvernent ces deux sortes de testaments.

§ I.—*Des règles communes à tous les testaments, quelle que soit leur forme, ordinaire ou privilégiée.*

Il y a deux règles à noter :

1° Quand le testament est fait suivant une forme légale, le testateur n'est pas astreint à l'usage de termes sacramentels, il suffit que les termes qu'il emploie soient propres à exprimer sa volonté, et on interprète ces termes suivant leur signification ordinaire, en donnant à chaque disposition le sens qui résulte de l'acte entier ;

2° Le testament est essentiellement un acte individuel, deux ou plusieurs personnes ne peuvent tester par un seul et même acte.

La première règle se rattache à l'interprétation du testament, la seconde prohibe les testaments conjonctifs j'expliquerai l'une et l'autre sous la rubrique que je viens d'indiquer.

I. De l'interprétation des testaments. — Je viens de dire que lorsque le testament est fait suivant une forme légale, il suffit que les termes de la disposition soient propres à exprimer la volonté du testateur. En effet, la forme du testament seule est sacramentelle ; le testateur choisit librement les termes dans lesquels il énonce le legs, à la seule condition que ces termes soient intelligibles. Il en était autrement à Rome. Là, le testament devait nécessairement contenir une institution d'héritier, c'était sa base même, *caput et fundamentum testamenti.* Il est vrai que, dans la suite, on mitigea quelque peu la rigueur de cette règle en permettant de faire des codicilles et des fidéicommis, mais l'institution d'un héritier n'en resta pas moins le trait caractéristique de tout testament. Ces principes furent adoptés dans le midi de la France, pays de droit écrit. Au nord, dans les pays de coutume, on tenait que Dieu seul peut faire un héritier, et le testament n'en devait pas instituer. Sans doute on pouvait léguer tous ses biens, mais le légataire universel n'était pas un héritier dans le sens rigoureux du mot.

Si le testament contenait une institution, il n'était pas nul dans la plupart des coutumes, mais cette institution n'avait pas plus d'effet qu'un legs universel. En définitive, on recherchait surtout quelle était l'intention du testateur, et si cette intention était claire on l'exécutait sans insister sur le sens rigoureux des termes qu'il avait employés (*a*).

Le code Napoléon pouvant choisir entre ces deux systèmes a adopté celui du droit coutumier. Les auteurs de notre code civil n'avaient pas de choix à faire ; la théorie coutumière était de notre droit, dès la fondation de la colonie, et le code civil ne fait que l'énoncer. Les deux codes sont donc d'accord sur ce point. Voici du reste la disposition de notre article 840, plus détaillée dans ses termes que celle de l'article 967 du code Napoléon.

840. " Les dispositions à cause de mort soit de tous biens " soit de partie de biens, faites en forme légale par testament " ou codicille, et soit en termes d'institution d'héritier, de don, " ou de legs, soit en d'autres termes propres à exprimer la " volonté du testateur, ont leur effet suivant les règles ci-après " établies, comme legs universel ou à titre universel ou comme " legs particulier " (*b*).

Il est donc clair qu'il n'y a pas à distinguer entre le testament et le codicille, ou plutôt il n'y a que le testament. Dans le langage ordinaire, toutefois, et il en était ainsi au temps de Pothier, on entend par testament, l'acte qui contient les principales volontés du défunt et par codicille l'acte qui y ajoute quelques autres dispositions. En droit, dans un cas comme dans l'autre, ce sont des dispositions testamentaires. Toutefois, dans la pratique, l'usage du terme codicille peut indiquer la volonté du testateur de maintenir un testament antérieur, qu'on pourrait sans cela attaquer pour cause de suggestion. Ainsi, l'effet de la preuve que le testament lui-même aurait été capté, pourrait être détruit par la découverte d'un acte postérieur que le testateur aurait déclaré être le codicille de son testament ; on en conclurait que le dol n'avait pas été sérieux.

Il est également clair que quelles que soient les dispositions

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, t. 2, nos 1825-1828.

J'ai donné plus de développement à cette esquisse historique, *supra*, p. 237.

(*b*) Voy. aussi l'art. 872.

du défunt, elles doivent être en forme de dispositions testamentaires (voy. les art. 898, 899).

Enfin, de quelque qualification qu'une personne ait désigné ses dispositions de dernière volonté, ces dispositions devront être regardées comme des dispositions testamentaires, dès qu'elles se présentent sous une des formes de testament que le le législateur a autorisées (*a*).

Voilà pour la désignation de l'acte. Quant aux termes dont le testateur se sert, je l'ai dit, il n'y a rien de sacramentel. Même la signification ordinaire des mots cède devant l'intention dans un autre sens que manifeste le testateur. C'est surtout cette intention que les tribunaux doivent rechercher. Telle est du reste la règle d'interprétation que l'article 872 pose en ces termes :

872. " Les règles qui concernent les legs et les présomptions " de la volonté du testateur, ainsi que le sens attribué à cer- " tains termes, cèdent devant l'expression formelle ou autrement " suffisante de cette volonté dans un autre sens et pour avoir " un effet différent. Le testateur peut déroger à ces règles en " tout ce qui n'est pas contraire à l'ordre public, aux bonnes " mœurs, à quelque loi prohibitive ou établissant autrement " des nullités applicables, ou aux droits des créanciers et des " tiers " (*b*).

La jurisprudence française offre de nombreuses applications de ces principes. Ainsi on a jugé que les mots *je donne* ou *je lègue* ne sont nullement nécessaires, une disposition sous forme d'une charge imposée au légataire universel ou à titre universel, ou en termes précatifs lorsque la volonté de disposer est constante, vaut comme disposition testamentaire. On a maintenu comme testament un acte écrit, signé et daté de la main du défunt, par lequel celui-ci déclarait qu'il n'avait la propriété de rien dans la maison qu'il habitait, qu'en conséquence le propriétaire de cette maison pourrait après la mort de lui (le testateur) faire ce que bon lui semblerait de tous les objets mobiliers qui s'y trouveraient. Un autre acte qualifié de donation à cause de mort a été maintenu comme testament. La reconnaissance d'une dette a été regardée comme legs, mais on a obligé celui au profit de qui elle était faite de prouver l'existence réelle de cette dette (*c*).

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, n[os] 1830-1832.

(*b*) Cet article ne se trouve pas au code Napoléon, mais le principe qu'il énonce ne saurait être contesté.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, ouvrage cité, n[os] 1834 et suiv.

Les tribunaux ont donc, sur cette matière, de très larges pouvoirs d'interprétation, mais ils ne sauraient aller jusqu'à créer la volonté du testateur en prenant pour acquises des indications que le testament ne fournit pas. Ainsi, tout legs comporte : 1° l'intention de donner, 2° un objet qui est légué et 3° une personne à qui cet objet est donné. Si le testament ne fournit pas d'indications suffisantes sur l'un de ces points, on ne doit pas les rechercher en dehors, soit dans des documents étrangers au testament, soit dans des témoignages. Le juge ne peut pas, non plus, dénaturer la volonté du testateur en méconnaissant les indications ou désignations que le testament renferme ; on ne serait pas recevable à vouloir prouver que ces désignations ne correspondent pas à la volonté du testateur.

Toutefois, on enseigne que " si les juges appelés à interpréter une disposition testamentaire, doivent principalement " et d'abord rechercher l'intention du testateur dans le testament, rien ne les empêche de compléter et d'éclairer cette " intention, lorsque les termes du testament la laissent douteuse, par des preuves recherchées et obtenues en dehors du " testament " (*a*).

Ajoutons que le conseil privé a jugé, dans la cause de *Martin* & *Lee* (11 L. C. R., p. 84 et 14 Moore P. C. Rep., p. 142), que le devoir capital *(paramount duty)* des tribunaux, dans l'interprétation des testaments, c'est de rechercher et d'exécuter la volonté du testateur, laquelle doit découler de l'ensemble du testament et non pas d'une expression particulière que ce testament peut renfermer.

Je puis également citer la décision du juge Mathieu, dans la cause de *DeSalaberry* v. *Faribault* (11 R. L., p. 621). Il a jugé que toutes dispositions testamentaires devant être par écrit, et la preuve testimoniale contre le contenu d'un écrit étant interdite, on ne peut interroger les témoins testamentaires ni même les notaires qui ont reçu le testament, pour créer des dispositions de dernière volonté, les changer ou leur substituer, sous prétexte d'obscurité, une volonté non exprimée, ni pour expliquer le contenu du testament ou pour établir ce dont il a été convenu lors de sa confection, mais que le juge doit rechercher la volonté du testateur dans l'acte même ; que cependant il est permis, pour découvrir l'intention du testateur, de constater par témoins sa situation personnelle, le degré de

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 1847.

parenté du testateur avec les légataires et leurs relations entre eux, l'importance de son patrimoine comparée à celle du legs, et les usages de l'endroit où le testateur demeurait (*a*).

II. De la prohibition des testaments conjonctifs.—Cette prohibition est énoncée en ces termes par l'article 841 :

841. " Un testament ne peut être fait dans le même acte " par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, " soit à titre de disposition réciproque et mutuelle " (*b*).

La raison de cette prohibition c'est que le testament est un *acte* (art. 756) et non un *contrat ;* il est l'œuvre d'une volonté unique. Si plusieurs personnes pouvaient tester par le même acte, surtout si les dispositions étaient réciproques, on pourrait les regarder comme étant la condition les unes des autres, et le testament, en définitive, renfermerait un véritable contrat. Alors, comment l'un des testateurs pourrait-il révoquer ses dispositions, ou s'il le faisait, la convention ne serait-elle pas mise de côté malgré l'une des parties ? Ainsi un testament conjonctif serait contraire à la nature même du testament.

Pourtant on l'admettait, avant l'ordonnance de 1735, dans l'ancien droit français, surtout entre mari et femme (*c*), mais l'article 77 de cette ordonnance en a abrogé l'usage, sans préjudice de l'exécution des actes de partage entre les enfants et descendants et sans rien innover en ce qui concernait les donations mutuelles à cause de mort. Cette ordonnance n'a jamais été enregistrée en ce pays, mais les codificateurs ne donnent pas l'article 841 comme innovant au droit ancien ; il présente, disent-ils, la jurisprudence la mieux reconnue et la plus rationnelle.

Quoi qu'il en soit, la prohibition est maintenant formelle et absolue, et il n'importe que d'en préciser la portée. Elle s'applique, enseigne-t-on, lorsque deux ou plusieurs personnes ont testé *dans un seul et même acte*, c'est-à-dire, *dans un contexte unique*, de telle sorte que les dispositions faites par les divers testateurs se trouvent enchevêtrées les unes dans les autres et ne forment qu'un seul et même testament (*d*).

(*a*) Les mêmes principes en matière d'interprétation ont été énoncés dans les causes de *Taschereau* v. *Masson* (M. L. R., 7 S. C., p. 207), *Lacombe* v. *Mallette* (R. J. Q., 5 C. S., p. 193) et de *Mulligan* v. *Mulligan* (R. J. Q., 8 C. S., p. 99).

(*b*) C'est la copie textuelle de l'article 968 du code Napoléon.

(*c*) Guyot, *Répertoire*, v° *Testament.*

(*d*) M. Baudry-Lacantinerie, ouvrage cité, n° 1852.

Ainsi, chaque testateur a écrit à tour de rôle ses dispositions, puis ils ont tous signé et daté ensemble le testament commun, ou bien ils ont dicté leurs dispositions à un même notaire qui les a confondues dans un même acte : de tels testaments sont conjonctifs et partant nuls.

Mais lorsque le contexte n'est pas unique et que les testaments sont distincts, bien qu'ils soient écrits sur la même feuille de papier, on ne les regarde pas comme conjonctifs. C'est ce que la cour de cassation en France a jugé dans le cas de deux testaments olographes entre époux conçus dans les mêmes termes et renfermant des dispositions réciproques, malgré qu'ils fussent écrits en face l'un de l'autre, sur la même feuille de papier, l'un au *verso* d'un feuillet et l'autre au *recto* du feuillet suivant. Ces testaments avaient sans doute été faits de concert, mais ils n'étaient pas conjonctifs, car chacun d'eux avaient son individualité propre (*a*).

Notre jurisprudence n'offre aucune espèce où il ait été question de testaments conjonctifs.

§ II.—*Des différentes formes de testaments ordinaires.*

I. Des formes que l'on doit suivre dans les cas ordinaires pour tester de ses biens.—Sources de notre droit à cet égard.—Nous avons, dans notre droit, trois formes licites de testaments ordinaires : le testament authentique ou solennel, le testament olographe et le testament d'après le mode dérivé de la loi d'Angleterre (*b*).

Les deux premières formes, bien que le testament olographe soit également reconnu en Angleterre, nous viennent du droit coutumier français.

La troisième forme, comme l'article 842 l'indique, est d'origine anglaise ; elle a été introduite dans notre droit par l'*Acte de Québec* de 1774, 14 Geo. III, ch. 83.

Hors de ces formes, car nous avons dit que le testament est un acte solennel, et sauf les cas exceptionnels où le testament privilégié peut se faire, il n'y a point de testament valable.

En France, avant l'ordonnance des testaments de 1735, sous

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nos 1853, 1854.

(*b*) C'est ce que porte l'article 842 en ces termes :
842. " Le testament peut être fait :
1° " Suivant la forme notariée ou authentique ;
2° " Suivant les formes requises pour le testament olographe ;
3° " Par écrit et devant témoins, d'après le mode dérivé de la loi " d'Angleterre."

Louis XV, les dispositions de dernière volonté présentaient une grande diversité de formes.

Dans les pays de droit écrit, la tradition romaine avait fait reconnaître quatre formes de testaments ordinaires :

1° Le testament nuncupatif ;
2° Le testament mystique ;
3° Le testament *inter liberos ;*
4° Le codicille.

J'expliquerai brièvement chacune de ces formes.

1° *Le testament nuncupatif.*—C'était un testament qui se faisait de vive voix en présence de sept témoins, le notaire compris, auxquels le testateur déclarait verbalement ses volontés. On rédigeait quelquefois ces volontés par écrit, *probationis causâ*, mais ce n'était pas essentiel. La preuve du testament verbal se faisait par la déclaration judiciaire des sept témoins après le décès du testateur. Ce testament était en usage dans toute la France avant l'ordonnance de Moulins de 1566, qui exigea un écrit lorsqu'il s'agissait d'une valeur de plus de 100 francs, mais on contestait l'application de cette ordonnance au testament nuncupatif dans le midi de la France. L'ordonnance de 1735 mit fin définitivement au testament verbal par son article 1er qui décrétait que " toutes dis-" positions testamentaires seront faites par écrit." Le testament nuncupatif fut permis, mais il devait être constaté par un écrit rédigé par un notaire qui figurait toujours parmi les sept témoins (*a*).

2° *Le testament mystique ou secret.* — Le testateur après avoir écrit ou fait écrire ses dernières volontés et les avoir signées de sa main, présentait son testament clos et scellé à sept témoins en déclarant qu'il contenait ses dernières volontés. Les témoins signaient l'enveloppe et y mettaient leur sceau. Lorsque le testateur ne savait signer, on appelait un huitième témoin. L'ordonnance de 1735 exigea que l'un des sept témoins fût un notaire et tel est aussi le droit français moderne qui permet le testament mystique, art. 976 C. N.

3° *Le testament inter liberos.*—On entendait par là le partage que le testateur faisait entre ses enfants, ou des dispositions, quelles qu'elles fussent, au profit de quelques-uns de ses enfants ou descendants. Ce testament n'était pas soumis aux formalités du testament nuncupatif ou du testament mystique.

(*a*) Pothier, *Donations testamentaires*, ch. 1er, art. IV, § 1er, éd. Bugnet, t. 8, n° 38, p. 238.

Il pouvait être fait en *forme olographe* (*a*) ou devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins. Si on y faisait des dispositions en faveur d'autres personnes que des descendants, ces dispositions étaient nulles (*b*).

4º *Le codicille*.—On sait que dans les pays de droit écrit, où l'on suivait le droit romain, le testament devait nécessairement renfermer une institution d'héritier, mais qu'on permettait de faire des legs ou des fidéicommis par voie de codicille (*c*). Ce codicille n'était pas soumis aux formalités des testaments; il suffisait qu'il fût fait en présence de cinq témoins (*d*).

Dans les pays de coutume, il n'y avait que deux formes de testaments ordinaires : le testament olographe et le testament solennel ; le premier était écrit tout entier de la main du testateur et signé par lui, le testament solennel, au contraire, était reçu devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins. Ces deux formes, avec le testament dérivé des lois d'Angleterre, sont les seules formes de testaments ordinaires auxquelles on puisse avoir recours en cette province.

En France, on a conservé le testament olographe et le testament solennel du droit coutumier, ainsi que le testament mystique qui était en usage dans les pays de droit écrit. Nous n'avons jamais eu de testament mystique dans notre droit.

J'ai dit qu'aux deux formes de testaments empruntées au droit coutumier, il fallait ajouter la forme dérivée de la loi d'Angleterre. Il s'agit, dit l'article 842, du testament par écrit et devant témoins. Cette forme a été introduite dans le pays par l'*Acte de Québec*, art. 10. On avait d'abord admis en Angleterre le testament verbal ou nuncupatif, mais le statut des fraudes apporta tant de restrictions à l'usage de cette forme, qu'on n'y avait guère recours, ainsi que témoigne Blackstone. Le testament le plus en usage était le testament écrit, mais les formalités de ce testament variaient suivant qu'il s'agissait de meubles ou d'immeubles. Dans notre droit actuel il n'y a plus à distinguer : qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, les formalités du testament anglais sont toujours les mêmes.

Avant le code, un *testament* même inachevé, à cause de la

(*a*) Cette forme n'était pas reconnue dans les autres cas.

(*b*) Pothier, t. 8, nº 44, p. 240.

(*c*) *Supra*, p. 237.

(*d*) Pothier, nº 45.

mort du testateur arrivée avant qu'il eût pu apposer sa signature au testament ou même en entendre la lecture, a été maintenu quant à la succession mobilière du testateur, par le conseil privé, dans la cause de *Mignault* & *Malo* (3 R. L., p. 606 ; 16 L. C. J., p. 288 ; 4 P. C. App., p. 123). Et la cour d'appel, dans la cause de *Colville* & *Flanagan* (14 L. C. R., p. 329), a regardé comme des dispositions testamentaires des chèques que sir George Simpson avait signés sur son lit de mort en faveur de certains amis. Ces arrêts ne peuvent plus être invoqués maintenant que les formalités des testaments, même en matière de meubles, sont bien établies.

Donc, il n'y a que trois formes par lesquelles l'on puisse dans les cas ordinaires tester de ses biens. Un testament qui ne remplirait les exigences d'aucune de ces formes serait un acte nul, inexistant, et ne saurait être validé par aucune confirmation ou ratification. Spécialement, des déclarations verbales de volonté, quand mêmes elles seraient avérées, seraient sans effet.

Concluons-en :

1° Que l'aveu fait par l'héritier d'une déclaration verbale du défunt, le chargeant d'exécuter des dispositions de dernière volonté, ne créerait aucune obligation contre lui ;

2° Qu'on ne saurait demander à déférer le serment à l'héritier sur la question de savoir si le défunt a fait une semblable déclaration ;

3° Que l'on ne peut invoquer des instructions verbales que le testateur aurait données quant à l'exécution de son testament ;

4° Que la preuve testimoniale est inadmissible pour créer, modifier ou altérer une disposition de dernière volonté (*a*).

Mais il ne faudrait pas, à mon avis, poser le principe que l'héritier ne peut s'engager valablement à exécuter une déclaration verbale de dernière volonté du défunt. Ainsi, un homme est surpris par la mort avant de pouvoir faire un testament, mais il charge son fils, qui est son héritier, de remettre une portion de ses biens à un tiers. Le fils est sans doute libre de méconnaître cette volonté déclarée d'une manière insuffisante en loi ; même la promesse qu'il en aurait faite à son père ne le lierait pas. Mais pour se conformer à un devoir moral ou à une obligation d'honneur il s'oblige dans un acte auquel le tiers intervient, à lui remettre les biens indiqués par le défunt.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 545. Voy. *suprà*, p. 271.

On ne saurait douter, à mon avis, de la validité d'un tel engagement, mais comme l'héritier ne devait rien au tiers, son engagement sera purement à titre gratuit, ce sera une donation et devra en revêtir les formes et se conformer aux règles prescrites pour la vadidité des donations entre vifs. Ainsi, l'héritier reconnaissant que le défunt l'avait chargé de donner un immeuble de sa succession à un tiers, s'oblige, par un acte sous seing privé, à donner cet immeuble au tiers indiqué. L'engagement sera sans valeur. De même, le testateur avait dit à son héritier : tous mes biens vous appartiendront après ma mort, mais vous donnerez à mon neveu la moitié de ces biens qui se trouveront vous appartenir à l'heure de votre décès. L'héritier ne pourra exécuter cette déclaration de volonté du défunt dans une donation entre vifs ordinaire, car il ferait une donation à cause de mort, mais il s'obligera validement à l'égard du neveu si la donation est faite dans le contrat de mariage de ce dernier (*a*).

Cependant on peut poursuivre un héritier qui aurait empêché par dol le défunt de faire un testament et lui réclamer une somme égale à celle dont le testateur se proposait de gratifier le demandeur. Ce n'est là que réclamer la réparation d'un fait dommageable (*b*).

On peut prouver par témoins l'existence et le contenu d'un testament régulier en sa forme détruit par cas fortuit depuis le décès du testateur. C'est la disposition formelle du premier alinéa de l'article 860 qui se trouve dans la section 3 de ce chapitre. Aux termes de cet article, " lorsque la minute ou " l'original d'un testament ont été perdus ou détruits par cas " fortuit, après le décès du testateur, ou sont détenus sans " collusion par la partie adverse ou par un tiers, la preuve " de ce testament peut être faite en la manière réglée pour " le cas quant aux autres actes et écrits au titre *Des obli-* " *gations*." Et l'article 1233, al. 6, permet la preuve testimoniale " dans les cas où la preuve écrite a été perdue par cas " imprévu, ou se trouve en la possession de la partie adverse, " ou d'un tiers, sans collusion de la part de la partie réclamante, " et ne peut être produite." On pourra également quand la minute d'un testament authentique a été perdue, la faire rem-

---

(*a*) Comp. Laurent t. 13, nº 110. Voy. aussi les Pandectes françaises, vº *Donations et testaments*, nºs 6098, 7796 et suiv.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, t. 2, nºs 1865, 1866.

placer par la copie en suivant les formalités prescrites aux articles 3666 et suivants S. R. P. Q.

Si le testament a été détruit ou perdu avant le décès du testateur, et à son insu, la preuve peut s'en faire de la même manière. C'est ce que le deuxième alinéa de l'article 860 décrète en ces termes :

" Si le testament a été détruit ou perdu avant le décès du " testateur et qu'il n'ait pas connu le fait, la preuve peut " également s'en faire comme si l'accident n'était arrivé qu'a- " près son décès."

L'importance du fait que le testateur aurait ignoré la destruction ou la perte de son testament, c'est que cette connaissance, comme nous le verrons, peut manifester chez le testateur l'intention de révoquer son testament.

On enseigne en France (*a*) que lorsque l'héritier du testateur est l'auteur de la destruction du testament, on en présumera la régularité, mais quand le testament a été détruit du vivant du testateur, il faut distinguer. L'héritier est-il l'auteur de la destruction : le légataire, à la condition de prouver l'existence du testament, sa régularité, sa teneur, le fait de sa destruction à l'insu du testateur, sera recevable à réclamer de l'héritier, à titre de dommages-intérêts, un montant égal à celui qui lui était légué. Le testament a-t-il été détruit par un tiers : ce dernier, sur la même preuve que dans le cas précédent, sera passible de la même condamnation. Enfin la destruction du testament est-elle le résultat d'un cas fortuit : le légataire est sans remède, car il ne peut échapper aux conséquences de l'inexistence du testament au décès du testateur.

Toutes ces solutions sont subordonnées au principe posé formellement par les alinéas 1 et 2 de l'article 860. S'il est encore possible de faire la preuve du testament détruit ou perdu—et la loi permet en ce cas la preuve par témoins—il n'y aura plus qu'à exécuter les volontés du testateur telles que prouvées. Ainsi il ne sera pas nécessaire de recourir en ce cas à l'action en dommages-intérêts. S'il n'était pas possible de prouver tout le contenu du testament, mais qu'on pût faire la preuve du legs, j'admettrais les solutions de la jurisprudence française quant à l'action en dommages-intérêts contre l'auteur de la destruction. Il faudrait, bien entendu, que le demandeur établît que le legs en question était consigné dans un testament régulier et que le testateur ignorait la destruction de ce testament.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, nos 1869-1873.

La connaissance que le testateur a pu avoir de la destruction du testament, peut, nous l'avons vu, créer une présomption de sa révocation. " Si le testateur a connu la destruction " ou la perte du testament et s'il n'y a pas suppléé," porte le troisième alinéa de l'article 860, " il est censé l'avoir révoqué, " à moins d'une manifestation postérieure de la volonté d'en " maintenir les dispositions." Il suffira pour le moment de poser ce principe, sauf à lui donner le développement qu'il comporte dans la section V de ce chapitre, où nous trouverons une disposition analogue (art. 892).

II. Du testament authentique.—1° *Des formalités requises pour la validité de ce testament.*—Je vais suivre l'ordre du code en parlant d'abord du testament d'après la forme notariée qu'on appelle également testament solennel, pour le distinguer du testament olographe ou du testament suivant le mode dérivé de la loi d'Angleterre. C'est la forme la plus usitée en même temps que la plus sûre, car la copie délivrée par le notaire fait pleine foi de son contenu, alors que les deux autres espèces de testaments ne valent qu'après avoir été dûment prouvées et vérifiées. Mais en revanche le testament notarié est assujetti à de nombreuses formalités, toutes exigées à peine de nullité, tandis que le testament olographe n'est soumis à aucune condition de forme, sauf qu'il doit être écrit en entier et signé par le testateur. Le testament d'après le mode dérivé des lois d'Angleterre n'est pas exempt de formes, mais ces formes sont moins nombreuses que celles requises pour le testament authentique.

Avant d'expliquer les formalités que le testament solennel doit remplir aujourd'hui, jetons un coup d'œil sur le droit antérieur au code civil. Nous aurons ensuite à nous demander jusqu'à quel point ce testament s'est débarrassé du formalisme du vieux droit coutumier.

Aux termes de l'article 289 de la coutume de Paris, le testament solennel devait être passé devant deux notaires, ou devant le curé de la paroisse du testateur, ou son vicaire général et un notaire, ou devant le curé de la paroisse ou son vicaire général et trois témoins, ou devant un notaire et deux témoins. Les témoins devaient être *idoines*, c'est-à-dire exempts de toute incapacité (*a*), suffisants, mâles et âgés de vingt

(*a*) Le mot *idoine*, dérivé du latin *idoneus*, veut dire *propre, apte à quelque chose.*

ans accomplis et non légataires. Il fallait que le testament fût dicté et nommé par le testateur aux notaires, curé ou vicaire général et qu'on le lui lût deux fois, dont mention devait être faite, et enfin le testament devait être signé par le testateur et par les témoins, ou mention devait être faite de la cause pour laquelle ils n'avaient pu signer.

L'ordonnance de 1735, art. 23, exigea de plus que le testament dicté par le testateur fût écrit de la main de l'un des notaires et par lui lu au testateur, et mention devait être faite de cette lecture, mais il n'était plus nécessaire de dire que le testament avait été dicté et nommé, lu et relu, fait sans suggestion, etc. (*a*).

Mais cette ordonnance n'ayant pas été enregistrée au greffe du conseil supérieur n'a jamais eu force de loi en ce pays, et nous en étions encore aux vieilles formalités de la coutume de Paris à l'époque de la codification.

Les codificateurs, surtout en vue de la facilité de tester qu'offrait le testament d'après le mode dérivé de la loi d'Angleterre, étaient bien d'avis qu'il convenait d'apporter quelques modifications aux anciennes formalités, mais ils n'ont pas réussi du premier coup à se fixer sur la nature de ces modifications, ou du moins sur la rédaction qu'il convenait de leur donner.

Dans leur rapport sur ce titre, ils ont proposé (par l'article 95*a* du projet) que le testament serait dicté et nommé par le testateur aux notaires ou au notaire et témoins, qu'il serait écrit conformément en leur présence, ensuite lu au testateur et par lui signé en présence des mêmes ; que mention serait faite de ces formalités, sans qu'aucune formule fût de rigueur ; que si le testateur déclarait qu'il ne pouvait signer, il serait fait mention de cette déclaration et de la cause de l'empêchement ; enfin que la date et le lieu de confection du testament y seraient également constatés.

L'article 95*b* ajoutait qu'il ne serait pas nécessaire que le testament fût dicté et nommé par le testateur ni écrit en sa présence, si, lors de la solennité de sa confection, le testateur déclarait que l'acte préparé par le notaire, et dont il venait de lui être fait lecture, avait été ainsi préparé à sa réquisition sur des instructions écrites ou verbales données par lui-même au notaire, et que cet acte y était conforme et contenait son testament. Mention devait être faite de cette déclaration dans l'acte même.

(*a*) Pothier, *Donations testamentaires*, éd. Bugnet, t. 8, n°s 18 et 19.

Et l'article 95*c* portait que si le testateur, lors de la confection du testament, au lieu d'en dicter et nommer les dispositions, remettait au même effet des instructions écrites, il en serait fait lecture, et si le testateur s'en déclarait satisfait, il serait procédé à écrire le testament d'après ces instructions comme s'il avait été dicté et nommé de vive voix. Il devait être fait mention du mode ainsi adopté par le testateur pour déclarer ses dernières volontés (*a*).

Cependant les codificateurs sont revenus sur ces dispositions et dans leur rapport supplémentaire (*b*) ont proposé de remplacer les articles 95*a*, 95*b* et 95*c*, par les articles 95*d*, 95*e* et 95*f*, lesquels se lisaient ainsi qu'il suit :

95*d*. " Le testament sous forme authentique doit être dicté " et nommé par le testateur aux notaires ou au notaire et " témoins. Il doit être lu au testateur et par lui signé en " présence des mêmes. Il doit y être fait mention de la " volonté du testateur de faire ainsi son testament et de la " lecture à lui faite de l'acte, sans que les termes *dicté et nommé* " ou aucune formalité particulière soient de rigueur.

95*e*. " Si le testateur déclare qu'il ne peut signer, il est fait " dans l'acte mention de cette déclaration et de la cause de " l'empêchement. La date et le lieu doivent aussi y être " mentionnés. Les notaires, ou le notaire et les témoins, " doivent alors signer en présence du testateur.

95*f*. " Cependant il n'est pas nécessaire que le testament " soit dicté et nommé par le testateur ni écrit en sa présence " si lors de la solennité de sa confection le testateur déclare " que l'acte préparé l'a été à sa réquisition sur des instructions " écrites ou verbales données par lui à cette fin, et qu'il y est " conforme et contient son testament. L'acte est ensuite signé " comme aux articles qui précèdent."

La législature n'a adopté aucun de ces articles, sauf un amendement proposé par les codificateurs dans un article antérieur, à l'effet que les aubains pourraient être témoins (*c*). Mais elle a indiqué son intention de changer le droit antérieur au code en présentant l'article 843 comme droit nouveau. Cet article est en ces termes :

843. " Le testament en forme notariée ou authentique est

(*a*) Rapport des codificateurs, t. 2, p. 344.

(*b*) Tome 3, p. 378.

(*c*) On pourrait peut-être soutenir que la législature a consacré en principe l'idée des commissaires, en lui donnant une autre rédaction.

" reçu devant deux notaires, ou devant un notaire et deux " témoins ; le testateur en leur présence et avec eux signe le " testament ou déclare ne le pouvoir faire après que lecture " lui en a été faite par l'un des notaires en présence de l'autre, " ou par le notaire en présence des témoins. Il est fait mention " à l'acte de l'accomplissement des formalités."

Et le premier alinéa de l'article 844, conforme au droit antérieur, ajoute que " le testament authentique doit être fait en " minute."

Comparons immédiatement ces dispositions à celles qui régissent le testament authentique ou testament par acte public dans le droit français moderne.

Aux termes de l'article 971 du code Napoléon, " le testament " par acte public est celui qui est reçu par deux notaires, en " présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de " quatre témoins."

Les articles 972, 973 et 974 du même code exposent en détail les formalités de ce testament.

972. " Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est " dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un de ces " notaires, tel qu'il est dicté.

" S'il n'y a qu'un notaire, il doit également être dicté par le " testateur et écrit par ce notaire.

" Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture au " testateur en présence des témoins.

" Il est fait du tout mention expresse.

973. " Ce testament doit être signé par le testateur : s'il " déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte " mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui " l'empêche de signer.

974. " Le testament devra être signé par les témoins ; et " néanmoins, dans les campagnes, il suffira qu'un des témoins " signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux " des quatre témoins signent, s'il est reçu par un notaire."

On applique à la lettre ces dispositions, qui dérivent de l'ordonnance de 1735, laquelle, je l'ai dit, n'a jamais eu force de loi en cette province. Ainsi le testament doit être *dicté*, c'est-à-dire le testateur doit prononcer mot à mot ce que le notaire écrit. Il ne suffirait pas qu'il réponde affirmativement à des questions que le notaire lui adresserait, à plus forte raison ne pourrait-il le faire par signes, mais on reconnaît au notaire le droit et même le devoir d'interroger le testateur afin de l'inviter à éclairer sa pensée, lorsqu'elle ne paraît pas

suffisamment nette, pourvu que ces interrogations ne soient pas de nature à lui suggérer des dispositions auxquelles il n'aurait pas songé spontanément. Le notaire ne peut même reproduire un projet écrit que le testateur lui aurait remis. Quand le testament est reçu devant deux notaires, ils doivent tous deux assister à la dictée, et à la confection du testament; une absence momentanée de leur part pourrait être une cause de nullité, et il en est de même quant aux témoins (*a*). Le notaire, ou l'un d'eux, quand ils sont deux, doit écrire lui-même le testament, mais on décide qu'il n'est pas astreint à reproduire servilement les expressions mêmes du testateur, il suffit qu'il rende sa pensée. Quant à la lecture du testament, on enseigne qu'elle peut être faite par un autre que le notaire, même par le testateur, mais elle doit être faite en entier et à haute voix (*b*).

On saisira à première vue les différences entre cette législation et la nôtre. Dans notre droit le testament est reçu :

Soit devant deux notaires, et alors la présence de témoins n'est pas requise ;

Soit devant un notaire et deux témoins.

Dans un cas comme dans l'autre le testament doit être fait en minute. Il ne serait pas valable, comme testament authentique, s'il était fait en brevet.

Le testateur en présence des deux notaires, ou du notaire et des deux témoins, signe le testament, ou déclare ne pouvoir le faire, après que lecture lui en a été faite par l'un des notaires en présence de l'autre, ou par le notaire en présence des témoins.

Il est fait mention à l'acte de l'accomplissement de ces formalités.

Il n'est donc pas nécessaire que le testament soit écrit par le notaire; il pourrait être transcrit d'une main étrangère. A cet égard rien n'a été changé à l'ancien droit.

Il n'est pas non plus nécessaire que le testament ait été *lu et relu* au testateur, l'exigence de la coutume de Paris à ce sujet est disparue et une seule lecture suffit.

Lorsque le testateur déclare ne pouvoir signer, l'article 843 n'exige pas que la cause de son incapacité soit indiquée, mais aux termes de l'art. 3645 S. R. P. Q., cette énonciation doit être faite dans les actes notariés en général.

(*a*) Voy. les exemples donnés par le juge Pagnuelo dans la cause de *Claude* v. *Claude*, R. J. Q., 14 C. S., p. 155.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, nos 2019 et suiv.

Cependant, chose que le vieux formalisme ne requérait pas, et qu'on n'exige pas non plus en France, le testament doit être lu par le notaire. L'article 843 est formel à cet égard, et l'article 3653 S. R. P. Q. est dans le même sens.

Mais le testament doit-il, à peine de nullité, être *dicté* par le testateur ?

La négative à mon avis s'impose. Elle est conforme et au texte du code et à l'interprétation qu'on lui a donnée universellement dans la pratique. Il ne sera pas inutile toutefois, à cause de certaines expressions du code qui peuvent donner lieu à quelque doute, d'en faire une courte démonstration.

Nous avons vu que, sous les dispositions de l'article 289 de la coutume de Paris, le testament en forme authentique devait être *dicté et nommé* par le testateur, et l'article 95 *bis* du projet de ce titre énonçait la loi alors existante en ce sens (*a*). J'ai ajouté que les codificateurs avaient conservé cette expression dans l'article 95*a*, et que, dans les articles 95*b* et 95*c*, ils proposaient un mode de suppléer à la formalité de la dictée du testament. Et dans les articles 95*d*, 95*e* et 95*f*, par lesquels les codificateurs ont, dans leur rapport supplémentaire, remplacé ces derniers articles, nous rencontrons la même expression "*dicté et nommé*," avec une disposition permettant au testateur, qui ne dicte pas le testament, de déclarer, lors de la solennité de sa confection, que l'acte a été préparé à sa réquisition, sur des instructions écrites ou verbales données par lui à cette fin.

La législature n'a adopté aucun des articles proposés par les codificateurs. Mais elle n'a pas voulu non plus maintenir la loi ancienne, puisque l'article 843, qui énonce les formalités du testament authentique, est donné comme étant de droit nouveau. Il n'est donc pas nécessaire de dépasser la date de la confection du code civil pour répondre à la question que j'ai posée.

Or, aux termes de l'article 843, le testament en forme notariée ou authentique est *reçu* devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins.

On le voit, il n'est plus dit que le testateur *dicte et nomme* son testament, il suffit que ce testament soit *reçu*, ce qui exclut l'idée de la dictée.

(*a*) Il est bon de dire qu'on se préoccupait surtout de la question de savoir si le testament était l'expression de la volonté du testateur. Voy. la décision du conseil privé dans la cause d'*Evanturel & Evanturel*, 6 Moore P. C. C., N. S., p. 75.

Il est vrai que le premier alinéa de l'article 847, seule partie de cet article qui ne soit de droit nouveau, ajoute que " le testament sous forme authentique ne peut être *dicté* par " signes," mais le but de cet article n'est que de venir au secours des sourds muets, et de ceux qui sont incapables de tester de vive voix—lesquels ne pouvaient tester par voie du testament solennel dans l'ancien droit—et non d'établir les formalités du testament authentique, déjà réglées par l'article 843. Les codificateurs le disent en toutes lettres dans leur rapport, et ils ajoutent que l'article 847 n'est que le complément de leurs articles 95*b* et 95*c*, qui permettaient de suppléer à la formalité de la dictée par la déclaration du testateur, lors de la confection du testament, que l'acte avait été préparé à sa réquisition, sur des instructions écrites ou verbales données par lui-même au notaire (art. 95*b*), ou bien par la remise, à ce moment, d'instructions écrites sur lesquelles on procédait à écrire le testament (art. 95*c*) (*a*).

C'est bien en ce sens qu'il faut entendre l'alinéa 4 de l'article 847 qui porte que " la déclaration par écrit que l'acte " contient la volonté du testateur et a été préparé d'après ses " instructions, supplée à la même déclaration de vive-voix " lorsqu'elle est nécessaire." Cette disposition, dans la pensée des codificateurs, se référait à l'article 95*b* du projet, et on ne faisait qu'étendre aux sourds-muets et aux personnes qui ne peuvent tester de vive-voix, la faculté qu'on voulait accorder à tout testateur, lettré ou non. Seulement la législature s'est montrée inconséquente ; elle a adopté l'alinéa 4 de l'article 847, et elle a supprimé l'article 95*b* dont cette disposition n'était que le complément. Cependant, ce serait violer toutes les règles de l'interprétation juridique que de vouloir tirer de là la conclusion que le législateur voulait maintenir la formalité de la dictée du testament, alors que, par une disposition destinée à abroger l'article 289 de la coutume de Paris, il avait décrété que le testament authentique serait *reçu* devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins.

D'ailleurs, quand même on pourrait soutenir que l'article 847 présuppose l'existence d'une règle qui voudrait que l'on teste de vive-voix quand on a l'usage de la parole, il n'en résulterait pas que le testament notarié doive être dicté à peine de nullité. En effet, tester de vive voix, ce n'est pas

---

(*a*) L'art. 95*f* du projet supplémentaire ne conservait que le mode indiqué à l'article 95*b*.

dicter son testament, c'est énoncer par la parole, de manière que les notaires, ou le notaire et les témoins, puissent l'entendre et la certifier, la disposition que l'on entend faire de ses biens, ou encore déclarer par la parole que le testament que le notaire a préparé est bien celui que le testateur entend faire. Je suis bien d'avis—puisque le testament est la déclaration d'un homme de la disposition qu'il veut faire de ses biens après sa mort et puisque cette déclaration doit être faite et consignée par écrit devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins—que le testateur qui a l'usage de la parole doit manifester ses volontés de vive voix. Mais ce n'est pas là *dicter et nommer* son testament, tel qu'on l'entendait dans l'ancien droit, tel surtout qu'on l'entend aujourd'hui en France. La volonté du testateur sera manifestée de vive voix, si, après que le testament a été préparé par le notaire, le testateur déclare oralement devant le notaire et les témoins que le testament qui est reçu par le notaire devant les témoins, qui est lu par le notaire en présence du testateur et des témoins, que le testateur signe devant le notaire et les témoins, est bien celui qu'il entend faire.

Du reste, en supposant même que l'expression dont se sert l'article 847 comporterait le sens que le testament devrait être dicté, ce ne serait que par inférence, et on ne peut établir une nullité par inférence. Les nullités sont de droit étroit, elles ne se présument pas; elles doivent être décrétées expressément. Je conclus donc que la formalité de la dictée du testament a été définitivement abolie par le code (*a*).

Mais il est clair que si le testament authentique ne doit pas être *dicté* à peine de nullité, il doit, comme tout autre testament, exprimer la volonté du testateur. Et cette volonté, qui d'après notre droit n'est astreinte à aucune formule sacramentelle d'expression, ne peut être exprimée par des signes. Ainsi serait nul le testament préparé sur des questions posées par le notaire et auxquelles le testateur ne signifierait son assentiment ou son dissentiment que par des signes. C'est ce que le juge Pagnuelo a jugé dans une cause de *Lenoir dit Rol-*

(*a*) Les notaires ont coutume de déclarer que le testateur leur a dicté son testament, et M. Marchand, dans son *Manuel et formulaire du notariat*, p. 530, conserve cette expression, mais cette formule n'est que de pur style, et dans la pratique le testament n'est jamais dicté.

Je puis ajouter que le juge Pagnuelo a jugé, dans la cause de *Claude* v. *Claude* (R. J. Q., 14 C. S., p. 153), qu'il n'est pas nécessaire que le testament sous forme authentique soit dicté et nommé par le testateur.

land v. *Lenoir dit Rolland* (R. J. Q., 10 C. S., p. 126). Il faut que le testament soit l'expression non équivoque de la volonté du testateur, et une volonté qui n'est exprimée que par des signes n'est pas certaine. Le juge Curran a décidé, dans la cause de *Gordon* v. *Gordon* (R. J. Q., 12 C. S., p. 433), que le testateur peut déclarer qu'il est trop faible pour signer le testament, par des signes universellement reconnus comme ayant un sens certain. Il ne faudrait pas aller plus loin. Du moment que le testateur se trouve dans un tel état qu'il ne peut plus s'exprimer que par des signes, il doit, s'il veut faire un testament authentique, remplir les formalités prescrites à l'article 847.

Pour revenir aux formalités du testament authentique, il faut que le testament soit reçu en présence de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins. Je crois qu'il n'est pas nécessaire que le second notaire ou que les deux témoins assistent à la confection du testament. Bien souvent le testament est préparé d'avance, et lorsqu'il s'agit de le recevoir, on fait venir le second notaire ou les deux témoins. Alors le notaire donne lecture du testament au testateur devant le second notaire ou devant les deux témoins, le testateur déclare en présence des mêmes que ce testament est celui qu'il entend faire, et il le signe avec les notaires, ou avec le notaire et les deux témoins, et en leur présence. Il n'est pas douteux qu'un tel testament remplit les exigences de l'article 843. D'ailleurs, en pratique, on ne serait pas recevable à l'attaquer pour informalité, car le moins qu'on puisse dire, c'est qu'il vaudrait suivant le mode dérivé de la loi d'Angleterre, ce qui amènerait l'application de l'article 855 et ferait maintenir le testament. Voy. sur ces questions la décision du juge Pagnuelo dans la cause de *Claude* v. *Claude*, R. J. Q., 14 C. S., p. 153.

Le testament authentique doit de plus être daté et indiquer le lieu où il est reçu. Le troisième alinéa de l'article 844 l'exige en ces termes : " La date et le lieu doivent être mentionnés dans le testament." Cette énonciation de la date et du lieu est d'ailleurs requise dans tout acte notarié (art. 3645, S. R. P. Q.). La date, c'est-à-dire l'année, le mois et le quantième de ce mois, doit être énoncée en toutes lettres, et non pas en chiffres (art. 3644, S. R. P. Q.) (*a*). Le lieu sera suffisamment énoncé par l'indication de la cité, ville, paroisse ou autre lieu (art. 3646, S. R. P. Q.).

(*a*) Je ne crois pas que cette dernière formalité soit exigée à peine de nullité du testament.

Je compléterai cette étude du testament authentique en répondant à trois questions. Quels notaires peuvent le recevoir ? Quels témoins sont compétents ? Comment le sourd-muet et celui qui n'a pas l'usage de la parole peuvent-ils tester sous la forme authentique ? Je ferai ensuite une courte revue de notre jurisprudence sur ce sujet.

2° *Quels notaires peuvent recevoir le testament authentique ?*—En France, les notaires ne peuvent exercer leurs fonctions en dehors de leur ressort, et un testament qu'ils recevraient ailleurs serait l'œuvre d'un simple particulier et partant nul (*a*). Ici les notaires, habiles à exercer leur profession, peuvent recevoir des actes dans toute la province. Donc, en principe, tout notaire peut recevoir un testament. Mais cette règle souffre une exception lorsque le notaire est le parent du testateur ou même lorsque les deux notaires sont parents entre eux. Quant aux actes en général, la parenté du notaire avec l'une des parties contractantes n'est pas une cause de nullité (art. 3639, S. R. P. Q.), mais cette disposition n'offrait pas assez de garantie à l'égard des testaments. A cet effet la première partie de l'article 845 du code civil porte qu' " un testament ne peut être reçu par des notaires parents " ou alliés du testateur, ou entre eux, en ligne directe, ou au " degré de frère, oncle ou neveu " (*b*).

Cette disposition est de droit nouveau. Dans l'ancien droit, au dire des codificateurs, l'incapacité résultant de la parenté ou alliance du notaire avec le testateur s'étendait jusqu'au degré de cousin germain, inclusivement. Un testament ne pouvait non plus être reçu devant des notaires et témoins parents ou alliés entre eux, disait l'article 98 du projet, à un très proche degré. La législature a substitué à cette disposition l'article 845 proposé par les codificateurs.

La parenté du notaire ou des témoins au légataire universel ne serait pas une cause de nullité du testament (*c*), mais elle affecterait la validité du legs. En effet, le legs fait au notaire ou aux témoins, ou à leurs parents au premier degré, ou enfin

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, n° 2007.

(*b*) En France, les notaires ne peuvent recevoir aucun acte auquel leurs parents ou alliés en ligne directe ou en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu sont parties, ou qui contient quelques dispositions en faveur de tels parents ou alliés. Loi du 25 ventôse an XI, art. 8.

(*c*) C'est ce qui a été décidé au sujet d'un testament antérieur au code, dans une cause de *Vaillancourt* v. *Lapierre*, 5 R. L., p. 262.

à la femme du notaire ou de l'un des témoins, est nul, mais le testament lui-même reste valide. C'est ce que le premier alinéa de l'article 846 décrète en ces termes : " Les legs faits " aux notaires ou aux témoins, ou à la femme de tel notaire " ou témoins ou à quelqu'un de leurs parents au premier " degré, sont nuls, mais ne rendent pas nulles les autres dis- " positions du testament."

Cette disposition est de droit nouveau.

Avant le code un testament était nul en totalité lorsqu'il y était fait quelque legs aux notaires ou à leurs parents et alliés jusqu'au degré de cousin germain inclusivement, à moins, quant aux parents et alliés, que le legs à eux fait ne fût d'une valeur minime. Et il y avait pareillement nullité pour le tout à cause des legs faits aux témoins en général, et des legs universels ou à titre universel faits aux parents et alliés des témoins jusqu'au même degré inclusivement ; mais rien n'empêchait que des legs particuliers ne fussent faits aux parents et alliés des témoins (art. 99 du projet).

Les codificateurs avaient proposé que les legs faits aux notaires ou aux témoins, et à leurs parents et alliés jusqu'au degré de cousin germain inclusivement, fussent nuls, mais ne rendissent pas nulles les autres dispositions du testament (art. 99*a* du projet).

Le législateur, cependant, tout en acceptant le principe que la nullité du legs n'affecterait pas la validité du testament, étendit la cause de nullité aux legs faits à la femme du notaire ou des témoins, mais, quant à la parenté, la restreignit au premier degré. Il n'est plus question des alliés du notaire ou des témoins. Ainsi un legs peut être valablement fait à leurs alliés, même au premier degré.

Il est à peine nécessaire d'ajouter que les notaires seuls peuvent recevoir le testament authentique. Il n'en était pas ainsi dans l'ancien droit. Aux termes de l'article 289 de la coutume de Paris, le testament authentique pouvait être reçu non seulement devant des notaires, mais également " parde- " vant le curé de la paroisse du testateur, ou son vicaire-géné- " ral et un notaire ; ou du dit curé ou vicaire et trois témoins." Cet article n'avait jamais été abrogé et l'article 101 du projet de ce titre énonçait cette disposition comme loi actuelle à l'époque de la codification. Aux termes de cet article, le curé de la paroisse du testateur ou son vicaire pouvait remplacer l'un des notaires ou les deux témoins pour la réception d'un testament en forme authentique. Le même curé ou vicaire

pouvait aussi, au lieu d'un notaire, recevoir le testament lui-même, en présence de trois témoins. Cependant, il ne délivrait pas de copies du testament reçu par lui, mais il était tenu de le déposer sans délai chez un notaire ou au greffe du protonotaire du district, pour qu'il y fût conservé et que des copies authentiques pussent en être délivrées. Le manque de faire ce dépôt n'entraînait cependant pas la nullité du testament.

Les codificateurs ont proposé de modifier cette disposition qui pouvait être utile, disent-ils, dans les premiers temps du pays, mais n'avait pas continué d'être mise en pratique et avait cessé d'être nécessaire, vu la facilité de trouver des notaires et des témoins. Ils ont proposé à cette fin le deuxième alinéa de l'article 848 qui a été adopté par le législateur et est, partant, de droit nouveau. Après avoir renvoyé à des dispositions particulières et exceptionnelles qui régissent la forme des testaments dans le comté de Gaspé (*a*), l'article 848 ajoute : " Sauf ces dispositions d'une nature locale, les ministres " du culte ne peuvent remplacer les notaires dans la réception " des testaments. Ils ne peuvent non plus y servir que comme " témoins ordinaires." Donc, les notaires seuls sont aujourd'hui compétents à recevoir un testament solennel.

3° *Quels témoins sont compétents dans un testament authentique ?*—Nous avons vu que lorsque le testament n'est pas reçu devant deux notaires, le notaire qui le reçoit doit être assisté de deux témoins (*b*). Le rôle de ces témoins est très important, et la loi a minutieusement décrit la qualité qu'ils doivent avoir. L'article 844, après avoir dit que le testament authentique doit être fait en minute, ajoute, dans son second alinéa, que " les témoins y doivent être nommés et " désignés. Ils doivent être du sexe masculin, majeurs, non " morts civilement, ni condamnés à une peine infamante. Les " aubains peuvent y être témoins. Les clercs et serviteurs " des notaires ne le peuvent." Le seul changement qui est fait ici à l'ancien droit, c'est que les aubains peuvent être témoins, et ce changement est en harmonie avec l'esprit de notre législation quant aux étrangers. Il est vrai que l'article 289 de la coutume de Paris permettait aux mineurs de vingt

---

(*a*) Il en sera question dans le paragraphe 3 de cette section, *infra*, p. 307.

(*b*) J'ai dit qu'en France le testament par acte public est reçu, soit devant deux notaires et deux témoins, soit devant un notaire et quatre témoins (art. 971 C. N.). Le droit français moderne est donc plus exigeant que l'art. 289 de la coutume de Paris qui se contentait, comme notre article 843, de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins.

ans de servir comme témoins à un testament authentique, mais cette disposition ne pouvait plus se concilier avec notre loi sur la majorité et la minorité.

Donc les témoins doivent être :

1° Du sexe masculin ;

2° Majeurs ;

3° En possession de la vie civile ;

4° Exempts de toute condamnation à une peine infamante.

Ces qualités, sauf la première, sont, nous le verrons, exigées chez les témoins du testament d'après le mode dérivé des lois d'Angleterre (art. 851).

Les témoins doivent être nommés et désignés à l'acte, c'est-à-dire on doit y indiquer leurs noms et prénoms et leur occupation.

Cependant, leur parenté ou alliance avec le testateur ou entre eux, ou avec le notaire, ne serait pas une cause de nullité du testament. "Rien n'empêche," dit l'article 845 *in fine*, "que les témoins ne soient parents ou alliés du testateur, ou "entre eux ou avec le notaire." Cette disposition, comme le reste de l'article, est de droit nouveau. Autrefois, la parenté ou l'alliance à un très proche degré entre les témoins et le notaire ou des témoins entre eux, était une cause de nullité du testament (art. 98 du projet de ce titre). La loi est donc moins exigeante à l'égard des témoins que des notaires, ce qui d'ailleurs se conçoit parfaitement.

Mais quant aux legs qui leur seraient faits, ou dont le testateur gratifierait leurs femmes, ou quelqu'un de leurs parents au premier degré, les témoins sont sur le même pied que les notaires. Les legs sont nuls, mais les autres dispositions du testament restent valides. J'ai expliqué qu'il en était autrement sous l'ancien droit.

Le deuxième alinéa de l'article 846, conforme au droit antérieur, ajoute que "l'exécuteur testamentaire qui n'est pas "gratifié ni rémunéré par le testament y peut servir de "témoin." A première vue, on serait peut-être tenté de conclure de cette disposition que l'exécuteur testamentaire gratifié ou rémunéré par le testament serait un témoin incompétent, comme il l'était indubitablement sous l'ancienne jurisprudence. Mais il faut lire cet alinéa avec celui qui le précède, et il en résulte que, puisque le legs que le testateur aurait fait à un témoin, tout nul qu'il est, est sans effet sur la validité du testament, celui qui serait adressé à l'exécuteur testamentaire, témoin à l'acte, ne rendrait pas nulles les autres dispositions

du testament. L'exécuteur testamentaire donc, même lorsqu'il est gratifié ou rémunéré par le testament, est un témoin compétent, s'il possède d'ailleurs les qualités requises, mais ce legs, ainsi que celui qui serait fait à sa femme ou à l'un de ses parents au premier degré, seraient alors nuls.

4° *Comment le sourd-muet et celui qui n'a pas l'usage de la parole peuvent-ils tester sous la forme authentique?*— L'article 847, après avoir posé le principe que le testament sous forme authentique ne peut être dicté par signes, indique les formalités que le testament du sourd-muet doit remplir. Voici le texte de ces dispositions qui sont de droit nouveau (*a*) :

" Le sourd-muet et toute personne qui ne peut tester de " vive voix, s'ils sont suffisamment instruits, le peuvent au " moyen d'instructions écrites de leur propre main, remises au " notaire avant ou lors de la confection du testament.

" Le sourd-muet et celui qui ne peut entendre la lecture du " testament, doivent le lire eux-mêmes, et à haute voix quant " à celui qui est sourd seulement.

" La déclaration par écrit que l'acte contient la volonté du " testateur et a été préparé d'après ses instructions, supplée à " la même déclaration de vive voix lorsqu'elle est nécessaire.

" Mention doit être faite de l'accomplissement de ces forma- " lités exceptionnelles et de leur cause.

" Si le sourd-muet ou autres, sont dans l'impossibilité de se " prévaloir des dispositions du présent article, ils ne peuvent " tester sous la forme authentique."

Toutes ces formalités doivent être suivies à la lettre, comme le montre le dernier alinéa de cet article. Mais le testament pourrait, au cas de nullité comme testament authentique, valoir comme testament suivant la forme anglaise (voy. l'art. 852).

Si le sourd-muet est illettré, il ne lui reste que le testament suivant la forme anglaise ; la loi a mis cette forme à sa portée, car nous verrons, à l'article 852, qu'il lui suffit d'y apposer sa marque et de manifester son intention et de reconnaître sa marque en présence des témoins.

Notre droit est plus humain à l'égard des sourds-muets que le droit français moderne qui ne leur permet de tester que lorsqu'ils savent écrire (*b*).

(*a*) Avant le code, le sourd-muet étant incapable de dicter son testament, ne pouvait tester sous la forme authentique. Il en est encore ainsi en France.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, nos 558, 573.

Jurisprudence.—J'ai cité plusieurs arrêts au cours de cette étude du testament authentique. Je puis en signaler quelques autres, laissant de côté ceux qui ne peuvent faire autorité aujourd'hui à cause des changements survenus dans notre droit.

Ainsi, dans la cause de *Clarke* v. *Clarke* (2 L. C. R., p. 11), il a été jugé que le certificat d'un notaire quant à l'état mental d'une personne à l'instant où elle fait son testament, qu'elle était saine d'entendement, est purement de style, et que cet énoncé peut être contredit par preuve testimoniale; que le notaire qui reçoit un testament, n'est pas tenu d'en écrire la minute de sa propre main.

Dans la cause de *Dubé* v. *Charron* (5 L. C. J., p. 255), on a décidé que le défaut de mention expresse de la présence des témoins lors de la lecture du testament au testateur, n'entraîne pas la nullité de ce testament, si cela appert d'ailleurs par équipollence des termes.

Une espèce intéressante s'est présentée dans la cause de *McLennan* & *Dewar* (13 L. C. J., p. 102), jugée par la cour d'appel en 1868. Il s'agissait du testament d'un individu qui ne parlait que le gaélique, rédigé en français par un notaire qui ne comprenait pas la langue du testateur, en présence de deux témoins dont l'un parlait le gaélique mais n'entendait pas le français et l'autre servait d'interprète. Le testament avait été maintenu par la cour de revision (11 L. C. J., p. 196), mais ce jugement fut infirmé par la cour d'appel pour le motif que le notaire et les témoins doivent comprendre la langue du testateur et celle dans laquelle le testament a été rédigé.

Dans la cause de *Vaillancourt* v. *Lapierre* (5 R. L., p. 262), le juge H. E. Taschereau a jugé que l'absence de la signature de l'un des témoins n'invalide pas le testament s'il est dit au testament pourquoi il n'a pas signé. Il s'agissait d'un testament antérieur au code.

Enfin, dans la cause de *Leriger dit Laplante* v. *Daignault* (M. L. R., 3 S. C., p. 444), le juge H. T. Taschereau a décidé qu'en l'absence d'une inscription en faux, on ne peut attaquer par une preuve testimoniale rien de ce qui concerne la solennité extérieure d'un testament authentique, ni contredire les énonciations qui y sont contenues.

Du testament olographe.—La deuxième forme de testament mentionnée à l'article 842, c'est le testament *olographe*, nom dérivé du grec et qui équivaut à une définition, puisqu'il signifie *écrit en entier.* En effet, le testament olographe est

celui qui est écrit en entier et signé de la main du testateur. Il n'est soumis à aucune condition de forme, sauf celle que je viens d'indiquer ; il ne requiert l'intervention d'aucun officier public, ni l'attestation d'aucun témoin. C'est l'œuvre personnelle et exclusive du testateur lui-même ; l'intervention étrangère serait non seulement inutile, mais nuisible, et pourrait même entraîner sa nullité. En cela, il diffère du testament authentique et du testament suivant le mode dérivé de la loi d'Angleterre, mais il se rapproche de cette dernière espèce de testament en ce qu'il n'a de force probante qu'après qu'il a été dûment prouvé et vérifié selon les formes prescrites par la loi.

Le testament olographe ne fut pas inconnu des Romains. Admis sous les empereurs Théodose et Valentinien, il ne trouva cependant pas faveur auprès de Justinien qui, par la novelle 107, ne le permit que lorsqu'il s'agissait de dispositions faites par un ascendant en faveur de ses descendants. En France, on observa cette novelle dans les pays de droit écrit et on refusa de permettre l'usage du testament olographe dans les cas où la novelle le proscrivait ; dans les provinces de coutume, au contraire, on autorisa le testament olographe pour toute disposition quelconque. La résistance des parlements du midi de la France eut raison même de l'ordonnance de 1629, et l'ordonnance des testaments de 1735 laissa tout dans le même état, se contentant de dire que ce testament serait admis dans les provinces où il était en usage auparavant. Seul le code Napoléon réussit à généraliser le testament olographe dans toute l'étendue de la France (*a*). Dans cette province, le testament olographe a toujours été un mode licite de tester. Il existait de droit commun dans le ressort de la coutume de Paris. Du reste, l'article 126 de l'ordonnance de 1629, dite *code Michaud*, œuvre du garde des sceaux Marillac, disait : " Les " testaments appelés olographes, écrits et signés de la main " du testateur, seront valables par tout notre royaume (*b*), " sans qu'il y ait besoin de plus grande solennité, laquelle toutefois si elle y est apportée, n'y fera préjudice, non plus que " le défaut qui s'y pourrait rencontrer ès dites solennités, si " le dit testament est olographe." Cette disposition est au même effet que l'article 850 de notre code civil qui se lit ainsi qu'il suit :

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, t. 2, nº 1878.

(*b*) J'ai dit que cette disposition ne put vaincre la résistance des parlements dans les pays du droit écrit.

850. " Le testament olographe doit être écrit en entier et " signé de la main du testateur, sans qu'il soit besoin de " notaires ni de témoins. Il n'est assujetti à aucune forme " particulière.

" Le sourd-muet qui est suffisamment instruit peut faire un " testament olographe comme toute autre personne qui sait " écrire."

L'article 970 du code Napoléon ne diffère de notre article que dans une particularité d'ailleurs fort importante. Il exige que le testament soit daté par le testateur. Cette exigence vient de l'ordonnance de 1735 qui n'a jamais été en vigueur en ce pays. Avant l'ordonnance, on jugeait que la date du testament olographe n'était pas indispensable (*a*). Ce point du reste est expressément réglé par l'art. 854.

Donc, deux choses sont nécessaires pour la validité du testament olographe :

1° Il doit être écrit en entier de la main du testateur ;

2° Il doit être signé par lui.

J'expliquerai brièvement ces deux conditions.

1° *Écriture du testament*—J'ai dit que le testament olographe doit être écrit en entier de la main du testateur. Il s'ensuit que seules les personnes lettrées peuvent tester d'après ce mode ; et il ne suffit pas de savoir signer, il faut savoir écrire. L'écriture du testament de la main du testateur est même si importante, que Pothier (*b*) enseigne qu' " un seul mot qui " serait écrit d'une autre main rendrait ce testament nul, quand " même ce mot serait superflu." Et cette doctrine, malgré sa rigueur, est encore suivie par presque tous les auteurs.

Cependant, pour que l'intervention d'une personne étrangère puisse vicier le testament, dit M. Baudry-Lacantinerie (*c*), il faut que le testateur ait eu connaissance de cette intervention, et que ce soit par son ordre, ou du moins de son aveu, que cette personne ait écrit quelque chose dans le testament. Il est évident, ajoute-t-il, qu'un testament olographe qui a acquis toute sa perfection par l'accomplissement des formalités requises, ne pourrait être rendu nul par le fait d'un tiers, qui, à l'insu du testateur, viendrait y écrire quelque chose après coup. Pour déterminer si le testateur a eu connaissance des ajoutés qu'une main étrangère a pu faire dans un testament

(*a*) Guyot, v° *Testament*, rapporte plusieurs arrêts en ce sens.

(*b*) *Donations testamentaires*, éd. Bugnet, t. 8, n° 10.

(*c*) *Précis*, t. 2, n° 547.

olographe, il convient d'examiner l'état matériel du testament où l'on trouvera le plus souvent des éléments de décision. Toutefois, je crois qu'il y aurait dans ce cas une présomption de nullité que le défenseur du testament devrait vaincre. L'état matériel du testament pourrait l'aider à la détruire.

Nos tribunaux ont eu à juger une espèce intéressante dans la cause de *Reeves & Cameron* (cour d'appel, R. J. Q., 2 B. R., p. 322 ; cour supérieure, 19 R. L., p. 618). Une dame Metzler avait fait venir auprès d'elle un de ses neveux, le nommé John J. Reeves, qui demeura avec elle et en eut soin jusqu'à sa mort. Ce Reeves produisit après le décès de sa tante un testament olographe en ces termes : " Je donne à mon neveu John J. Reeves tout ce que je possède pour avoir eu soin de moi. (Signé) M. E. V. R. Metzler." Dans sa déposition pour obtenir la vérification de ce testament, Reeves affirma qu'il était tout entier de l'écriture de la testatrice. Cependant, il fut prouvé que les mots " John J. Reeves " avaient été ajoutés en interligne par une main étrangère, mais que tout le reste du testament était de la main de la testatrice. Le testament fut maintenu par le juge Taschereau en cour supérieure, mais ce jugement fut infirmé par la cour d'appel, par trois juges contre deux, et le testament fut annulé. Il en résulte que les juges qui se sont prononcés sur cette espèce étaient également divisés, et je ne donnerais à cet arrêt que la portée d'un arrêt d'espèce.

2° *Signature du testateur.*—C'est encore une formalité essentielle, car c'est cette signature qui met le sceau au testament, qui sans cela ne serait regardé que comme un simple projet.

Mais cela peut être une question intéressante de savoir ce qui constitue la signature du testateur. L'article 211 de l'ordonnance de 1629 exigeait l'apposition du nom de famille du testateur avec ou sans ses prénoms. Cependant la jurisprudence française accepte comme signature suffisante, la signature que la testateur avait l'habitude d'apposer dans les actes civils. Ainsi, la cour de cassation a refusé d'annuler le testament d'un évêque, signé " J. B., évêque de Bayonne." M. Baudry-Lacantinerie (*Précis*, n° 551) trouve cette jurisprudence d'une indulgence peut-être excessive. Je crois cependant qu'on ne doit pas se montrer plus difficile dans le cas du testament que lorsqu'il s'agit d'un autre acte, alors qu'il est constant que le testament a été réellement signé par le testateur. C'est tout ce que veut la loi.

La signature doit être apposée par le testateur à la fin du testament. S'il y ajoute une autre disposition à la suite de cette signature, une nouvelle signature est nécessaire. C'était la décision de Pothier, et d'ailleurs le code le règle en termes exprès à l'article 854 que je citerai en parlant du testament suivant la forme anglaise. Cet article ajoute qu'il n'est pas nécessaire que le testament soit signé à chaque page.

Ce sont là toutes les formalités qu'exige la loi. Il n'est pas nécessaire que le testament soit daté ni que le lieu de sa confection soit indiqué (art. 854). Il peut être rédigé en une langue quelconque, écrit en encre ou au crayon, être fait sous forme de lettre missive, sauf à examiner si la lettre ne contient qu'un simple projet. On décide même que le testament pourrait être valable s'il était gravé sur une vitre avec un diamant ou charbonné sur un mur, sauf à voir s'il y avait là une œuvre sérieuse (*a*). Le testateur peut copier un modèle préparé d'avance, ou même se faire aider pour l'écriture, s'il ne s'agit que de la disposition matérielle de son écriture sur le papier, mais si le testateur ne fait que tenir la plume pendant qu'une autre personne dirige sa main afin de lui faire former des lettres et des mots, le testament sera nul (*b*). Enfin, le testament peut contenir des surcharges, des renvois et des ratures, sans qu'ils aient été approuvés par le testateur ; même les renvois n'ont pas besoin d'être signés. Mais s'ils sont postérieurs au testament et qu'ils contiennent un legs, ils doivent l'être ; il en serait autrement, au dire de la cour de cassation, s'ils ne renferment qu'une simple explication (*c*).

IV. Du testament suivant le mode dérivé de la loi d'Angleterre.— C'est la troisième forme de testament ordinaire, et son usage a été autorisé, je l'ai dit, par l'*Acte de Québec* de 1774, 14 Geo. III, ch. 83, art. 10. Ce statut ne fit que décréter qu'on pourrait tester de tous ses biens, immeubles, meubles ou intérêts dans la province, " soit que tel testament soit dressé suivant " les lois du Canada, ou suivant les formes prescrites par la loi " d'Angleterre." Donc, la forme de testament permise, c'était celle que la loi anglaise de l'époque autorisait.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 551. Dans le cas d'un prisonnier, il peut se faire qu'il n'ait pas d'autres moyens à sa disposition. On peut se demander, toutefois, comment on obtiendrait la vérification d'un tel testament.

(*b*) Le même auteur, *Donations et testaments*, t. 2, nºs 1897-1899.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, nº 552.

J'ai dit ailleurs que le testament pouvait autrefois être verbal en Angleterre, mais que le statut des fraudes, 29 Charles II, ch. 3, art. 5, exigea que tout testament affectant des terres ou propriétés immobilières (*tenements*) fût fait par écrit, et signé du testateur ou par une autre personne en sa présence et d'après sa direction expresse et qu'il fût attesté et signé en présence du testateur par trois ou quatre témoins dignes de foi. Ce statut était en vigueur en Angleterre lors de l'*Acte de Québec.* D'ailleurs, les codificateurs affirment que telle était encore la loi à l'époque de la codification et l'article 105 du projet de ce titre est, disent-ils, l'expression de cette loi. Cet article, qui a été changé sur la proposition des commissaires, se lisait ainsi qu'il suit :—

" Le testament suivant la forme dérivée de la loi d'Angle-" terre, en tant qu'il affecte les immeubles, doit être rédigé par " écrit et signé, à la fin, de son nom ou de sa marque, par le " testateur ou par une autre personne pour lui en sa présence " et d'après sa direction expresse, et ensuite être attesté et " signé en sa présence et à sa réquisition par trois témoins " dignes de foi, sujets de Sa Majesté et habiles à rendre témoi-" gnage. Les personnes du sexe féminin ne sont pas exclues " d'être témoins. Il n'est pas nécessaire que les témoins soient " présents et signent tous en même temps.

" L'on peut tester des biens meubles d'après la forme " anglaise, au moyen de tout écrit propre à manifester la " volonté du testateur " (*a*).

Mais en Angleterre, on avait dès 1837, par le statut 1 Vic., ch. 26, art. 9, modifié les dispositions de l'article 5 du statut des fraudes, de manière à n'exiger la présence que de deux témoins, mais ces témoins devaient être présents en même temps, et il fut déclaré qu'aucune formule d'attestation ne serait nécessaire.

Donc, à l'époque de la codification, la loi anglaise, à laquelle nous devions ce testament, ayant subi des modifications, il n'était que raisonnable de modifier, à cet égard, les anciennes exigences du statut des fraudes. Il convenait en outre d'abolir la distinction entre le legs d'immeubles et le legs de meubles, et de soumettre le testament aux mêmes formalités sans égard à la nature des biens qui en étaient l'objet. C'est ce que fait l'article 851, adopté sur la suggestion des commissaires, et qui

---

(*a*) Voy., dans le sens de ce dernier alinéa, la cause de *Mignault & Malo*, citée *supra*, p. 276.

est en partie de droit nouveau. Cet article est en ces termes :

851. " Le testament suivant la forme dérivée de la loi d'An-
" gleterre, soit qu'il affecte les biens meubles ou les immeubles,
" doit être rédigé par écrit et signé, à la fin, de son nom ou de
" sa marque par le testateur, ou par une autre personne pour
" lui en sa présence et d'après sa direction expresse, laquelle
" signature est alors ou ensuite reconnue par le testateur
" comme apposée à son testament alors produit, devant au
" moins deux témoins idoines présents en même temps et qui
" attestent et signent de suite le testament en présence et à la
" réquisition du testateur.

" Les personnes du sexe féminin peuvent y servir de
" témoins et les règles qui concernent la capacité des témoins
" sont aux autres égards les mêmes que pour le testament en
" forme authentique " (*a*).

Ajoutons que le testament suivant la forme anglaise est à la porté du sourd-muet comme le testament authentique. L'article 852, conforme au droit anglais, s'en explique en ces termes :

852 " Le sourd-muet en état de connaître la portée d'un
" testament et le mode de le faire, et toute autre personne
" lettrée ou non, que son infirmité n'empêche pas d'avoir la
" même connaissance et de manifester sa volonté, peuvent
" tester suivant la forme dérivée de la loi d'Angleterre, pourvu
" que leur intention et la reconnaissance de leur signature ou
" marque soient manifestées en présence des témoins."

Cette disposition a plus d'étendue que l'article 847 qui règle les formalités du testament authentique lorsque le testateur est sourd-muet. Dans le cas de l'article 847 le testateur doit être une personne lettrée,dans celui de l'article 852 il n'est pas nécessaire qu'il le soit.

Les conditions de validité du testament suivant la forme anglaise sont donc :

1° Qu'il soit rédigé par écrit ;

2° Qu'il soit signé à la fin de son nom ou de sa marque, par le testateur, ou par une autre personne pour lui en sa présence et d'après sa direction expresse ;

3° Que cette signature soit alors ou ensuite reconnue par le testateur comme apposée à son testament alors produit, devant au moins deux témoins idoines présents en même temps et

(*a*) Les codificateurs indiquent comme étant de droit nouveau les mots : "soit qu'il affecte les biens meubles ou les immeubles" et "laquelle signature est alors," etc., jusqu'à la fin de l'article.

qui attestent et signent tout de suite (*a*) le testament en présence et à la réquisition du testateur. Sauf que les femmes peuvent y servir de témoins, la capacité de ces témoins doit être la même que pour le testament en forme authentique. Donc, la femme qui comparaît comme témoin doit être majeure, non morte civilement, ni condamnée à une peine infamante, et il n'est pas besoin, depuis le code, qu'elle soit sujette britannique.

1° *L'écriture.*—La première condition de validité du testament suivant la formule anglaise ne peut donner lieu à aucune difficulté. Nous n'avons pas, je l'ai dit, de testament verbal dans notre droit. Bien entendu que le testament pourrait être imprimé, lithographié ou dactylographié (*b*).

2° *La signature du testateur.*—La loi se montre ici moins exigeante que dans le cas du testament authentique, puisque le testateur peut se servir d'un tiers pour signer son testament. On décide en Angleterre que la signature par marque suffit même lorsque le testateur peut écrire ; que la signature par les initiales du testateur, ou par un nom d'emprunt, rencontre les exigences de la loi, puisque ces initiales ou ce nom d'emprunt seraient considérés comme une marque. On admet aussi que le testateur fasse diriger sa main pour tracer sa marque. Mais lorsque deux sœurs avaient testé en faveur l'une de l'autre, par des dispositions identiques, *mutatis mutandis,* mais par erreur avaient signé l'une le testament de l'autre, on a annulé les deux testaments. On juge en général que l'apposition d'un sceau ne remplace pas la signature, à moins que ce sceau ne soit un sceau distinctif, comme un sceau portant les initiales du testateur, et alors on le regarde comme la marque du testateur (*c*).

Lorsque le testateur fait signer le testament par un tiers, on décide qu'il peut employer à cette fin l'un des témoins et qu'il est indifférent que ce tiers signe le nom du testateur ou son nom à lui (*d*). On valide également le testament lorsque

---

(*a*) L'art. 851 dit " de suite," expression qui n'a pas le même sens que " tout de suite." Mais c'est cette dernière expression que le législateur avait en vue, car le texte anglais se sert du mot " immediately."

(*b*) Jarman, *Wills*, 15e éd., t. 1er, p. 78.

(*c*) Jarman, ouvrage cité, pp. 79, 80.

(*d*) Il semble que les termes de notre article, qui sont plus précis que ceux du statut anglais, 1 Vic., ch. 26, art. 9, exigeraient que ce tiers signe le nom du testateur ou fasse sa marque.

le testateur a fait imprimer sa signature avec une étampe ou lorsqu'il a collé ou attaché à la fin du testament un papier contenant sa signature, pourvu qu'il soit prouvé qu'il l'a fait avant la reconnaissance de la signature (*a*).

La signature doit être, dit l'article 851, à la fin du testament. Et le premier alinéa de l'article 854 complète cette disposition en ces termes :

854. " Dans le testament olographe et dans celui fait sui- " vant la forme dérivée de la loi d'Angleterre, ce qui se trouve " après la signature du testateur est regardé comme un nouvel " acte qui doit être également écrit et signé par le testateur " dans le premier cas, ou signé seulement dans le second. Dans " ce dernier cas l'attestation des témoins doit être après chaque " signature du testateur ou après la dernière comme attestant " en entier le testament qui précède." Et le troisième alinéa du même article ajoute : " il n'est pas nécessaire que le testa- " ment soit signé à chaque page."

Le statut anglais, 1 Vic., ch. 26, exigeait également que la signature du testateur fût à la fin du testament, mais comme on interprétait cette disposition à la lettre, le parlement impérial, par le statut 15 et 16 Vic., ch. 24, a décrété que la signature pourrait être placée à la fin, ou à la suite, ou à côté de la fin, ou vis-à-vis ; qu'il serait indifférent qu'un espace séparât les derniers mots du testament de la signature, ou que cette signature se trouvât dans la clause d'attestation, ou parmi les noms des témoins ou à la suite de ces noms ; que la signature pourrait même être sur une page du testament qui ne contiendrait aucune disposition, malgré qu'il se trouvât un espace suffisant sur la page précédente pour la signature du testateur, mais que, quel que soit l'endroit où le testateur a signé, une disposition non signée qui suivrait cette signature serait nulle (*b*).

Ce statut, bien entendu, n'a pas force de loi ici, mais la circonstance que les codificateurs ont voulu assimiler notre droit à la nouvelle législation alors en vigueur en Angleterre, devrait, à mon avis, nous autoriser à consulter ce statut pour interpréter notre article.

3° *Reconnaissance de la signature et attestation des témoins.* —Il suffit maintenant que le testateur reconnaisse sa signa-

---

(*a*) Jarman, p. 80.

(*b*) Cette disposition est encore plus détaillée que le résumé que j'en ai fait ne le montre, mais ce résumé en indique la portée.

ture comme apposée à son testament alors produit. On n'exige pas, en Angleterre, qu'il reconnaisse le testament lui-même (a).

A ce propos, les tribunaux anglais décident que le testateur peut reconnaître la signature qu'un tiers à faite pour lui ; qu'il peut reconnaître sa signature par des gestes, qu'il soit ou non privé de l'usage de la parole ; que la reconnaissance n'est suffisante que lorsque les témoins ont vu ou ont pu voir la signature, quand même le testateur aurait expressément déclaré que l'acte renferme son testament ; que lorsque les témoins ont vu ou ont pu voir la signature, la reconnaissance expresse de la signature n'est pas nécessaire, et qu'alors la déclaration du testateur que le document renferme son testament, ou sa demande, ou la demande d'un autre en sa présence, aux témoins de signer sous sa signature, remplit suffisamment les exigences de la loi ; que lorsque la signature a été vue par les témoins ou a été expressément reconnue, il n'est pas nécessaire de leur dire que le document est un testament (b). Enfin, la reconnaissance de la signature du testateur doit précéder la signature des témoins. La signature doit être faite ou reconnue en présence des deux témoins simultanément, mais on décide qu'il n'est pas nécessaire que les témoins signent en présence l'un de l'autre, quoiqu'ils doivent tous deux signer en présence du testateur (c).

Les témoins peuvent signer, d'après Jarman *(loc. cit.)*, par leurs initiales, par un nom d'emprunt, et même par leur marque (il conseille toutefois de ne pas faire signer les témoins par marque, et ce conseil me paraît s'imposer) (d). Il ajoute que l'on a décidé que le témoin peut faire diriger sa main et même qu'un tiers peut signer le nom du témoin illettré si ce dernier touche la plume pendant qu'il signe (e) ; que la signature des témoins peut être placée dans toute partie du testa-

---

(a) Voy. les termes de notre art. 851 et aussi Jarman, p. 83.

(b) Voy. toutefois la cause de *The St. George's Society* v. *Nichols*, *infra*, p. 304.

(c) Jarman, pp. 84, 85. Notre article semble exiger la simultanéité des signatures des témoins.

(d) Nos tribunaux ont validé un testament antérieur au code auquel l'un des témoins avait apposé sa marque : *Vaillancourt* v. *Lapierre*, 5 R. L., p. 262. Mais on remarquera que l'article 851, tout en permettant que le testateur appose sa marque au testament, exige que les témoins "*attestent et signent.*" Il n'est pas question de leur marque.

(e) J'avoue que ces décisions me paraissent risquées et je ne conseillerais jamais d'assumer de telles chances de nullité

ment, sauf à prouver que ce qui suit leur signature avait été écrit avant qu'ils eussent signé. Je rejetterais toutefois cette dernière décision. Il est vrai que l'article 851 n'exige pas, comme dans le cas du testateur, que les témoins signent à la fin du testament, mais l'article 854 qui le complète, veut que l'attestation des témoins soit "*après* chaque signature du testateur ou *après* la dernière comme attestant en entier le testament *qui précède.*" Il est clair donc que cette attestation ne peut être ailleurs qu'à la fin du testament.

Mais résulte-t-il des termes de l'article 854 que, lorsque le document renferme un testament et plusieurs codicilles, faits à différentes dates, il suffit que l'attestation des témoins soit faite à la fin du dernier codicille ? On distingue en Angleterre. Le dernier codicille se refère-t-il au codicille ou testament qui le précède de manière à l'identifier (et on juge qu'il s'y refère sans mention expresse quand ils sont écrits tous deux sur le même papier) : l'attestation du dernier codicille suffit pour valider les codicilles ou le testament qui précèdent. S'agit-il, au contraire, d'un codicille qui ne se refère pas au testament et n'est pas écrit sur le même papier : l'attestation du codicille ne sauvera pas le testament qui n'a pas été attesté (*a*).

L'article 851 exige que les témoins "attestent et signent de "suite le testament en présence et à la réquisition du testa- "teur." Qu'entend-on par signer *en présence* du testateur ? Le but de la loi, dit Jarman, c'est que le testateur puisse constater, par le témoignage de ses yeux, l'identité du document attesté par les témoins. Il est nécessaire, ajoute-t-il, que le testateur soit capable mentalement de faire cette constatation ; sa simple présence corporelle, alors qu'il serait privé de sa connaissance, ne suffirait pas. Il s'ensuit qu'il doit avoir connaissance de l'attestation, car bien qu'il ait été présent et qu'il eût pu s'en rendre compte, si les témoins ont signé d'une manière secrète et clandestine, l'attestation sera nulle. Mais il n'est pas nécessaire qu'il se trouve dans la même chambre que les témoins, s'il a pu les voir signer, et dans un cas où le testateur avait signé son testament dans sa voiture, à la porte de l'étude de son avoué, et où les témoins, après l'avoir vu

---

(*a*) Jarman, pp. 103 et suiv. Il paraît que lorsque le codicille se réfère à un *testament*, et qu'il y a sur la même feuille un autre écrit non attesté, ce dernier ne sera pas validé par l'attestation du codicille ; il le serait si le codicille n'avait pas parlé de testament. Jarman, p. 109. Tout cela semble assez subtil.

signer, étaient entrés dans l'étude pour signer eux-mêmes la clause d'attestation, le testament a été validé sur preuve que de sa voiture le testateur avait pu voir ce qui se passait dans l'étude. Cependant la présence des témoins dans la même chambre que le testateur ne suffira pas si, à cause d'un obstacle, ou à raison de la position que le testateur occupait sans pouvoir se déplacer, il était dans l'impossibilité de voir les témoins. Lorsque le testateur est aveugle, on décide que les témoins doivent attester le testament à un endroit où le testateur aurait pu les voir s'il n'avait pas été privé de la vue (*a*).

Quant à la clause d'attestation, on enseigne qu'elle n'est pas indispensable, mais on conseille de faire signer par les témoins une déclaration constatant que toutes les formalités prescrites ont été suivies (*b*).

Bien entendu, tout changement fait à un testament après qu'il a été signé et attesté, doit revêtir les mêmes formes, mais le statut anglais se contente de la signature du testateur et des témoins à la marge, vis-à-vis la clause qui a été changée.

Dans la cause de *The St. George's Society* v. *Nichols* (R. J. Q., 5 C. S., p. 273), le juge en chef suppléant, sir M. M. Tait, a annulé un testament fait suivant la formule anglaise, dans les circonstances suivantes. Le testament avait été préparé par le défendeur, qui était le directeur spirituel du testateur et était lui-même légataire de la moitié des biens de celui-ci, et le défendeur était en possession du testament lorsqu'il le produisit pour la signature du testateur. Ce dernier était atteint de surdité et gravement malade à ce moment et le testament n'était pas conforme aux intentions qu'il avait exprimées auparavant. Il ne déclara pas à l'un des témoins que le document renfermait son testament et ne lui demanda pas de le signer comme tel. Aucune reconnaissance ne fut faite d'une manière directe à l'autre témoin. Le testament ne fut pas lu et on n'en expliqua pas le contenu, et le testateur semblait incertain quant aux dispositions qu'il renfermait. Après signature, le défendeur retint possession du testament jusqu'à la mort du testateur, arrivée trois semaines plus tard. Le savant juge a jugé qu'il ne suffit pas que le testateur reconnaisse sa signature ; il doit reconnaître devant les témoins que le document qu'il a signé et qui est alors produit, est son testament, et immédiatement après cette recon-

(*a*) Jarman, pp. 88-90.

(*b*) Jarman, pp. 91-92.

naissance les témoins doivent signer le testament en présence et à la réquisition du testateur. Dans l'espèce, ces formalités n'ayant pas été accomplies, et la cour étant d'avis que le testament n'exprimait pas la volonté libre et spontanée du testateur ce testament fut annulé.

4° *Date et lieu de confection du testament.*—Pas plus que dans le cas du testament olographe, il n'est pas nécessaire que le testament suivant la forme anglaise soit daté ni que le lieu de sa confection soit indiqué. C'est ce que porte le deuxième alinéa de notre article 854 en ces termes :

" Dans le testament suivant l'une ou l'autre des formes " mentionnées au commencement du présent article, la men- " tion de la date et du lieu n'est pas requise à peine de nullité. " C'est aux juges et aux tribunaux à décider dans chaque cas " s'il résulte de son absence quelque présomption contre le " testament ou qui en rendent les dispositions particulières " incertaines " (*a*).

En effet, en principe général, si le testament est l'œuvre du testateur, qu'importe sa date ou le lieu de sa confection. Toutefois, comme l'absence de cette indication peut créer une présomption contre le testament, ou rendre ses dispositions incertaines, le législateur laisse à cet égard pleine discrétion aux tribunaux. La seule absence de date ou d'indication d'endroit n'est donc pas une cause de nullité, mais c'est une circonstance à peser avec les autres circonstances qui peuvent militer contre le testament.

5° *Nullité des legs faits aux témoins.*—J'ai dit plus haut quelles personnes peuvent être témoins au testament suivant la forme anglaise. Il me reste à faire observer que les legs aux témoins, à leur conjoint ou à leurs parents au premier degré sont nuls dans ce cas comme dans celui du testament authentique. C'est du reste ce que dit l'article 853 en ces termes :

853. " Dans les testaments faits suivant la même forme (la " forme anglaise), les legs faits aux témoins, à leur conjoint " ou à quelqu'un de leurs parents au premier degré, sont nuls, " mais ne rendent pas nulles les autres dispositions du testa- " ment.

" La capacité de l'exécuteur testamentaire de servir comme

(*a*) Cette phrase qui est citée textuellement est incorrecte mais son sens n'est pas douteux.

" témoin suit les mêmes règles que dans le testament sous la " forme authentique " (*a*).

Cette règle est la même que celle de l'article 846. Comme dans le cas de ce dernier article, les codificateurs avaient proposé de rendre nuls les legs faits aux parents et alliés du testateur jusqu'au degré de cousin germain, mais la législature, de même que dans le cas du testament authentique, a restreint cette cause de nullité aux legs faits au conjoint d'un des témoins ou à ses parents au premier degré. Pas plus que dans le cas du testament authentique le code n'annule les legs faits aux alliésd es témoins.

Mais les codificateurs me paraissent avoir fait erreur en disant que l'article qu'ils proposaient était conforme à la loi anglaise de l'époque. Sous le statut des fraudes les tribunaux annulaient d'abord le testament qui disposait d'immeubles, lorsque l'un des témoins avait été gratifié par le testateur. Cependant, le statut 25 Geo. III, ch. 6 (postérieurement à l'acte de Québec) (*b*), décréta que le legs serait nul, mais que la validité du testament n'en serait pas affectée. Et le statut 1 Vic., ch. 26, art. 15, étendit cette cause de nullité aux legs faits au conjoint du témoin, mais le legs fait aux parents ou alliés du témoin, même au degré de cousin germain, ne paraît pas avoir été nul (*c*).

Un point à noter, c'est que sous l'article du statut que je viens de citer, il faut se reporter au temps de la confection du testament pour juger de la validité du legs. Ainsi, le legs fait à une femme que l'un des témoins épouse par la suite, ne sera pas nul, car au moment du testament il n'était pas fait en faveur de la femme de ce témoin. C'est bien là l'interprétation qu'il convient de donner à nos articles 846 et 853.

On décide en Angleterre que le fait d'attester un codicille qui ne fait que confirmer un testament qui avantage le témoin, ne rend pas le legs nul, et que le légataire du résidu ne perd pas son legs en attestant un codicille, malgré que le codicille augmente le legs du résidu en révoquant un legs particulier que faisait le testament (*d*). La cause de nullité en

---

(*a*) Les mots "au premier degré" dans le premier alinéa sont indiqués comme droit nouveau.

(*b*) Ce statut paraît s'être appliqué aux colonies d'Amérique.

(*c*) Jarman, pp. 69 et suiv.

(*d*) Jarman, p. 72.

effet ne doit s'étendre qu'aux legs faits par la disposition que le témoin atteste.

§ III.—*Du testament privilégié ou extraordinaire.*

Le testament ordinaire suffit pour les conditions de la vie ordinaire. Les notaires se sont fixés partout et le testament authentique est à la portée de tout le monde. Du reste, toute personne lettrée peut rédiger elle-même ses volontés, et même lorsque le testateur ne sait ni lire ni écrire, le ministère d'un notaire n'est pas indispensable ; il peut tester suivant la forme dérivée de la loi d'Angleterre, en apposant sa marque devant témoins à un testament préparé d'avance par toute personne quelconque.

Cependant, il peut se présenter des circonstances exceptionnelles, où même, étant données toutes ces facilités, il soit difficile de dresser un testament régulier. Dans certains comtés de la province, grands comme des royaumes (il n'est question dans le code que du district de Gaspé), il n'y a guère de notaires en dehors, peut-être, du chef-lieu, qui se trouve à une grande distance des limites du comté. D'un autre côté on conçoit que les militaires et les marins en service actif seraient privés de la faculté de tester s'ils devaient donner à leurs dernières volontés la même forme que la loi exige des autres citoyens. C'est en faveur de ces personnes que le testament privilégié ou extraordinaire a été autorisé. Je vais envisager brièvement ces deux cas.

I. Formes du testament privilégié dans le district de Gaspé. — Le premier alinéa de l'article 848 se contente de faire ici un renvoi. " Des dispositions additionnelles et particulières, dit-il, " existent quant au district de Gaspé, pour y obvier au manque " de notaires dans la réception des testaments comme des " autres actes."

La législation dont il s'agit ici remonte au statut 4 Geo. IV, ch. 15, adopté en 1824. Ce statut, après avoir validé certains actes, entre autres les testaments passés antérieurement dans le district inférieur de Gaspé, prononçait (art. 10) la validité de tout testament qui serait reçu dans les trois ans après la passation de cette loi, devant tout juge de paix, ministre, curé ou missionnaire et deux témoins, ou devant le protonotaire et deux témoins. En 1840, la législature est encore une fois venue au secours des habitants de cette partie de la province,

et par le statut 3 Vic., ch. 5—qui validait tout testament ou autre acte fait antérieurement au 1er mai 1840, sans se conformer aux conditions susdites—il fut statué qu'à partir de cette date on pourrait tester suivant les formes réglées par l'article 10 du statut 4 Geo. IV, ch. 15. Toutefois, une disposition restrictive (*proviso*) ajoutait que cette dispense des formes ordinaires serait sans effet si au moins deux notaires résidaient dans le comté pendant deux mois avant la passation de l'acte. Cette disposition, avec la restriction susdite, a été reproduite par les statuts refondus pour le Bas-Canada, ch. 38, art. 13. En 1869, nous trouvons un acte de la législature de la province de Québec, 32 Vic., ch. 40, mais cette loi ne se rapporte qu'au dépôt des actes au bureau du protonotaire et déclare valides les actes non déposés. Enfin, en 1875, comme un grand nombre de testaments et autres actes avaient été passés dans le district de Gaspé en suivant les formalités prescrites par le statut 4, Geo. IV, ch. 15, art. 10, même après qu'il y eut deux notaires résidant dans ce district, le statut 38 Vic., ch. 22, valida ces actes, et allant plus loin, abrogea quant au comté de Gaspé la disposition restrictive que j'ai rapportée, la laissant en pleine vigueur dans le comté de Bonaventure.

Il résulte de ces lois que le testament privilégié n'est aujourd'hui permis que dans le comté de Gaspé—car il y a longtemps qu'il y a un nombre suffisant de notaires dans le comté de Bonaventure—et ce testament sera valide s'il est reçu soit devant un juge de paix, soit devant un ministre, curé ou missionnaire, soit devant le protonotaire, et dans chaque cas le testament doit être attesté par deux témoins qui y apposent leurs signatures.

Formes du testament privilégié des militaires en service actif et des marins en voyage.—L'article 849 fait encore ici un renvoi. Il dit que " les testaments des militaires en service actif hors " des garnisons, faits dans le Bas-Canada ou ailleurs, et ceux " des marins faits en voyage à bord des vaisseaux ou dans les " hôpitaux, qui seraient valides en Angleterre quant à leur " forme, sont également valides dans le Bas Canada." J'expliquerai très brièvement les formalités requises pour la validité de ces testaments.

Nous avons vu que le statut des fraudes, 29 Charles II, ch. 3, sans décréter d'une manière absolue l'invalidité du testament verbal, l'avait entouré de tant de restrictions qu'on n'y avait guère recours au temps de Blackstone, et que, lorsqu'il

s'agissait d'immeubles, ce statut exigeait que le testament fût dressé par écrit et signé du testateur ou par une autre personne pour lui, en présence de trois ou quatre témoins. Toutefois, l'article 23 de ce statut excepta de ces dispositions les testaments faits par tout soldat en service militaire actuel ou par tout marin ou matelot en voyage, déclarant qu'ils pourraient disposer de leurs meubles, gages, et biens meubles (personal estate) comme ils auraient pu le faire avant la passation de cet acte. Cette exception se rencontre également dans le statut impérial, 1 Vic., ch. 26, art. 11 *(The Wills Act)*. Enfin le parlement anglais prescrivit, par le statut 28-29 Vic., ch. 72 (*The Navy and Marine (Wills) Act*, 1865), les formalités que devaient remplir, quant à certains legs, les testaments des marins des vaisseaux de guerre anglais. Sauf les dispositions de ce dernier statut, on enseigne que tout soldat ou marin peut tester de ses biens meubles de la même manière qu'avant le statut des fraudes (*a*).

D'une manière générale, on peut donc dire que les militaires en service actif et les marins en voyage peuvent disposer de leurs biens meubles par un testament nuncupatif ou verbal, et ce testament ne sera pas affecté par le fait que lors de leur mort ils ne se trouvent plus en service actif ou en voyage. Ils peuvent également tester par le moyen de tout écrit, qu'il soit ou non signé par eux ou transcrit par leur main, si la preuve fait voir que le testateur entendait faire de cet écrit son testament. Mais si ces personnes disposent d'immeubles, le testament doit remplir les formalités que la loi anglaise prescrit pour des dispositions testamentaires de propriété immobilière (*b*).

Ces dispositions s'appliquent aux testaments faits soit par des militaires en service actif, soit par des marins de la marine marchande lorsqu'ils sont en voyage. Quant aux marins de la marine de guerre, j'ai dit que le statut 28-29 Vic., ch. 72, les a astreints à certaines formalités spéciales, lesquelles, cependant, ne s'appliquent que lorsque le testateur dispose de gages, de prises maritimes (prize money), de primes (bounties), ou de tout montant payable par l'amirauté. Brièvement, ces formalités, qui ont été prescrites dans l'intérêt du gouvernement anglais, sont que le testament doit être par écrit, et remplir

(*a*) Theobald, *On Wills*, p. 51.

(*b*) On trouvera plus de détails dans l'ouvrage cité *supra*, pp. 51 et suiv.

les exigences du testament ordinaire. Si le testament est fait sur un vaisseau de Sa Majesté, l'un des témoins requis doit être un officier, chapelain, officier subalterne ou sous-officier (warrant or subordinate officer) de l'armée ou de la marine de Sa Majesté. Quand le testament est fait ailleurs, l'un des témoins doit être, ou bien l'une des personnes susdites, ou bien le gouverneur, l'agent, le médecin, chirurgien, aide-chirurgien ou le chapelain d'un hôpital de marine en Angleterre ou à l'étranger, ou bien un juge de paix ou le desservant, curé ou ministre d'une église de l'endroit où le testament est fait, ou enfin un officier consulaire britannique, un officier de douane ou un notaire public. Si le testament est fait pendant que le marin est prisonnier de guerre, le statut reconnaît sa validité dans trois cas : 1º Lorsqu'il est par écrit et signé par le testateur, en présence d'un témoin, lequel doit être, ou bien un officier ou chapelain de l'armée ou de la marine de Sa Majesté, ou bien un officier subalterne ou sous-officier de la marine de Sa Majesté, ou l'agent d'un hôpital de marine ou un notaire public; 2º Lorsqu'il remplit les formes requises par la loi de l'endroit où il est fait ; 3º Enfin quand il est fait par écrit et dans la forme des testaments ordinaires, d'après la loi anglaise. Ces dispositions, je l'ai dit, ont été dictées dans l'intérêt de l'amirauté, et le statut autorise celle-ci à accepter un testament qui ne remplirait pas les exigences susdites si elle le croit bon (*a*).

Ces explications suffisent pour donner une idée sommaire du sujet. Je puis cependant ajouter que le testament privilégié des militaires et des marins était reconnu par l'ancien droit français (*b*), et que son usage a été continué en France par le code Napoléon, art. 981 et suiv. Il n'est pas nécessaire d'analyser ces dispositions.

SECTION III.—DE LA VÉRIFICATION ET DE LA PREUVE DES TESTAMENTS

Cette section reproduit, avec quelques modifications, des dispositions pour la plupart statutaires qui s'inspirent surtout du droit anglais (*c*). En France, comme ici, le testament

---

(*a*) Theobald, pp. 51 et suiv.

(*b*) Voy. Troplong, *Donations et testaments*, t. 3, nos 1690 et suiv.

(*c*) La vérification judiciaire du testament olographe n'était cependant pas inconnue dans l'ancien droit français. Voy. Brillon, *Dictionnaire des arrêts*, vº *Testaments*, nº 176.

authentique ne requiert pas de preuve, il fait foi par lui-même. Il en est autrement du testament olographe ; ce n'est qu'un pur acte sous seing privé et celui qui l'invoque doit, au cas qu'il soit méconnu, en faire la preuve (*a*). Quant au testament mystique, il y a controverse, mais la plupart des auteurs et la jurisprudence lui donnent la force probante d'un acte authentique (*b*).

Dans notre droit, nous l'avons vu d'ailleurs, le testament olographe et celui fait suivant la forme anglaise ne font pas preuve par eux-mêmes ; ils doivent être prouvés. Mais ici la loi a permis aux intéressés, indépendamment de toute instance ou contestation, de requérir par une procédure d'une nature exceptionnelle, la vérification du testament.

§ I.—*Le testament sous forme authentique fait preuve par lui-même.*

Avant de tracer les règles qui régissent les autres formes de testaments, le code pose le principe que le testament fait suivant la forme authentique fait preuve de la même manière que les autres actes authentiques. C'est la disposition de l'article 856 qui est en ces termes :

856. " Les minutes et les copies légalement certifiées des " testaments faits suivant la forme authentique font preuve " de la même manière que les autres écrits authentiques."

Nous aurons à étudier, au titre *Des obligations*, les règles qui régissent les écrits authentiques et le mode de les contester, qui est l'inscription en faux (art. 1210 et suiv.). Je n'ai pas besoin de les expliquer ici.

§ II.—*Le testament olographe et le testament suivant la forme anglaise doivent être prouvés.*

Ces deux testaments, étant des écrits sous seing privé, ne font pas preuve par eux-mêmes. Ils doivent tous deux être prouvés et le législateur les comprend sous une règle unique. Nous aurons à nous demander : quand y a-t-il lieu à vérification ; qui peut requérir la vérification et quelles en sont les formes ; quelles sont les parties à cette vérification ; comment on procède à prouver un testament détruit, perdu, ou détenu par un tiers ; enfin, quels sont les effets de la vérification.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, nº 553.

(*b*) Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 976 C. N., nº 81.

I. Quand y a-t-il lieu à vérification?—Il y a toujours lieu à vérification ; c'est le moyen de donner une force probante au testament qui, en l'absence de cette formalité, ne serait qu'une simple écriture privée.

La reconnaissance du testament par l'héritier, vaut sans doute contre ce dernier sans vérification, et l'empêcherait de venir le contester plus tard, mais à l'égard de toute autre personne, la formalité de la vérification est indispensable. C'est du reste la disposition expresse de l'article 859 qui est en ces termes :

859. " La reconnaissance du testament par l'héritier ou " quelque partie intéressée a ses effets contre eux, quant à la " faculté de contester ultérieurement sa validité, mais n'em- " pêche pas la vérification et le dépôt au greffe en la manière " requise quant aux autres intéressés."

Cette disposition ne peut donner lieu à aucune difficulté.

II. Qui peut requérir la vérification et quelles en sont les formes.— L'article 857 indique les formes de la vérification en ces termes :

857. " Le testament olographe et celui fait suivant la forme " dérivée de la loi d'Angleterre sont présentés pour vérifica- " tion au tribunal ayant juridiction supérieure de première " instance dans le district où le défunt avait son domicile, et, " à défaut de domicile, dans celui où il est décédé, ou à l'un " des juges de ce tribunal, ou au protonotaire du district. Le " tribunal, le juge ou le protonotaire reçoit les déclarations " par écrit et sous serment de témoins compétents à rendre " témoignage, lesquelles demeurent annexées à l'original du " testament, ainsi que le jugement, s'il a été rendu hors de " cour, ou une copie certifiée, s'il a été rendu par le tribunal. " Il peut ensuite être délivré aux intéressés des copies certifiées " du testament, de la preuve et du jugement, lesquelles sont " authentiques, et font donner effet au testament, jusqu'à ce " qu'il soit infirmé sur contestation.

" Si le testament se trouve déposé en original chez un " notaire, le tribunal, le juge ou le protonotaire se fait remettre " cet original."

L'article 857 ne dit pas quelles personnes peuvent requérir la vérification, Evidemment tout intéressé, héritier, légataire, exécuteur testamentaire, ou même créancier du défunt qui veut exercer des recours contre les légataires, a qualité pour demander que le testament soit vérifié et peut le faire produire

en cour à cette fin par le dépositaire. Quant à l'exécuteur testamentaire, l'article 919 lui impose le devoir de procéder à la vérification du testament. Le recours des autres intéressés paraît facultatif.

L'article 857 décrit minutieusement les formes de la vérification. Le testament est présenté à la cour supérieure du district où le testateur avait son domicile, ou, à défaut de domicile, dans celui où il est décédé, ou à l'un des juges, ou au protonotaire (*a*).

Notre article fixe bien la compétence du tribunal dans deux cas : celui où le testateur avait un domicile dans la province, et alors peu importe l'endroit où il est décédé, car sa succession s'ouvre au lieu du domicile (art. 600); et celui où le testateur n'avait pas de domicile en la province, et dans ce cas c'est l'endroit du décès qui confère la compétence. Si la demande de vérification est faite ailleurs, le juge doit déclarer son incompétence, ainsi que le juge Badgley l'a décidé dans la cause de *Sweet ex parte*, 10 L. C. R., p. 451. Si le testateur était domicilié et est décédé en dehors de la province, il semble que son testament, même s'il était fait ici, devrait être prouvé suivant les formes du lieu où le testateur était domicilié lors de son décès, et devant le tribunal de ce domicile.

La production du testament est accompagnée d'une requête, concluant à sa vérification, et cette requête est appuyée d'une ou de plusieurs dépositions sous serment, affirmant que le testament est en entier écrit et signé de la main et de l'écriture du testateur, s'il est olographe, ou qu'il porte la signature du testateur et des témoins, s'il est fait suivant la forme anglaise.

Règle générale, il est préférable, quand le testament a été fait devant témoins, que l'affidavit de l'un d'eux accompagne la requête. Toutefois, comme l'article 857 ne l'exige pas et se contente des déclarations assermentées " de témoins compétents à rendre témoignage," il ne faudrait pas dire que c'est là une condition de la validité de la vérification (*b*). Au cas de contestation, la meilleure preuve serait celle de l'un des témoins testamentaires si ce témoignage peut être produit.

Mais un seul témoin suffit. L'article 862 porte que " la suffisance d'un seul témoin s'étend à la vérification et à la preuve

(*a*) Les codificateurs ont proposé de retrancher cette juridiction au protonotaire, mais la législature n'a pas accueilli leur proposition.

(*b*) On ne paraît pas insister en Angleterre sur la production des témoins testamentaires. Voy. Theobald, *on Wills*, p. 22.

" des testaments, même de ceux détruits ou perdus, si le tri-
" bunal ou le juge sont satisfaits." Ce n'est que l'application du principe de l'article 312 du code de procédure civile (c'était, avant le nouveau code, l'article 1230 du code civil). La maxime *unus testis nullus testis* est depuis longtemps disparue de notre droit.

Le jugement de vérification intervient sur cette preuve. Il déclare le testament dûment vérifié, et l'original du testament ainsi que la requête et les dépositions des témoins y sont annexés.

L'article 857 dit que si le testament se trouve déposé en original chez un notaire, le tribunal, le juge ou le protonotaire se fait remettre cet original. C'est ce qu'on avait jugé dans une ancienne cause de *Grant ex parte* (*Stuart's Reports*, p. 60). Dans cette même cause on a décidé que le notaire n'a pas le droit d'ouvrir l'enveloppe contenant un testament olographe si ce n'est en la présence et sur l'ordre d'un juge.

III. Quelles sont les parties à cette vérification ?—La procédure sur la vérification du testament se fait *ex parte*. Le jugement de vérification n'est pas un jugement définitif en ce sens que le testament ne peut plus être contesté. Le seul effet de ce jugement, nous le verrons, est de faire tenir ce testament pour prouvé jusqu'à ce qu'il soit infirmé sur contestation. Donc, il n'est pas nécessaire de mettre en cause les personnes qui auraient intérêt à méconnaître le testament. L'article 858 règle ce point en ces termes :

858. " Il n'est pas nécessaire que l'héritier du défunt soit
" appelé à la vérification ainsi faite d'un testament, à moins
" qu'il n'en soit ainsi ordonné dans des cas particuliers.

" L'autorité qui procède à cette vérification prend connais-
" sance de tout ce qui concerne le testament.

" La vérification ainsi faite d'un testament n'en empêche
" pas la contestation par ceux qui y ont intérêt."

La juridiction de l'autorité judiciaire en ces matières se nomme *gracieuse* ou *non contentieuse*, ce qui indique que ce n'est pas un procès qui s'instruit devant elle. Toutefois, elle peut ordonner la mise en cause de l'héritier, et ce dernier peut, à mon avis, intervenir pour s'opposer à la vérification. Mais comme le jugement de vérification ne l'empêche pas de contester le testament par action ordinaire, ce dernier recours lui fournira, le plus souvent, un remède plus utile, d'autant plus que 'autorité qui procède à la vérification du testament ne peut

prononcer sur toutes les causes de nullité qui peuvent affecter un testament régulier quant à la forme. Le conseil privé a affirmé ces principes dans la cause de *Mignault* v. *Malo* (16 L. C. J., p. 288 ; 3 R. L., p. 606 ; 4 P. C. App., p. 123), et le juge Tait a jugé, dans la cause de *The St. George's Society* v. *Nichols*, que la vérification d'un testament ne crée aucune présomption en sa faveur lorsqu'il est subséquemment contesté.

IV. Vérification d'un testament perdu ou détruit ou détenu par un tiers.—J'ai rapporté plus haut (p. 277) les dispositions de l'article 860, qui s'applique aux trois formes de testament reconnues par notre code civil. Cet article permet la preuve testimoniale d'un testament, lorsque la minute ou l'original en a été perdu ou détruit, par cas fortuit, après le décès du testateur, ou avant son décès s'il n'a pas eu connaissance de la perte ou de la destruction, ou lorsque cette minute ou cet original est détenu sans collusion par la partie adverse ou un tiers. Il ne s'agit ici que de la preuve d'un testament pendant un procès. Mais l'article 861 permet dans ces circonstances exceptionnelles de faire la vérification du testament. Il se lit ainsi qu'il suit :

861. " Dans les cas où l'on peut, conformément à l'article qui " précède, faire la preuve judiciaire d'un testament qui n'est " pas représenté, il peut aussi en être fait une vérification sur " requête à cet effet, sur preuve non équivoque des faits qui " justifient cette procédure, ainsi que du contenu du testament. " En ce cas le testament est censé vérifié tel que compris dans " la preuve trouvée suffisante, et avec les modifications qui peu- " vent être contenues au jugement."

Les auteurs enseignent que comme la destruction du testament fait naître une présomption de sa révocation, il faut tout d'abord repousser cette présomption. Si l'on fait voir que la destruction est subséquente au décès du testateur, il ne saurait y avoir de difficulté, car il n'y a pas de présomption de révocation en ce cas. Si la destruction a eu lieu du vivant du testateur, il faut démontrer qu'il n'en a pas eu connaissance, ou bien qu'il a manifesté la volonté de maintenir les dispositions du testament détruit. Dans tous les cas la preuve du contenu du testament ne doit laisser place à aucun doute. " The contents of the will cannot be proved," dit Greenleaf (*a*), " except by the clearest and most stringent evidence."

(*a*) Law of evidence, t. 2, § 688*a*.

V. Effet de la vérification.—L'article 857 dit qu'après vérification d'un testament, " il peut être délivré aux intéressés des " copies certifiées du testament, de la preuve et du jugement, " lesquelles sont authentiques, et font donner effet au testa- " ment, jusqu'à ce qu'il soit infirmé sur contestation." Et le troisième alinéa de l'article 858 dit que " la vérification ainsi " faite d'un testament n'en empêche pas la contestation par " ceux qui y ont intérêt." Doit-on conclure de ces dispositions que le testament olographe ou suivant la forme anglaise devient, par l'effet du jugement de vérification, un document authentique qu'on ne peut contredire que sur inscription de faux (art. 1211) ? Ce serait méconnaître la portée de nos lois relativement à la preuve des testaments et l'interprétation qu'elles ont toujours reçue, que de le prétendre. D'ailleurs, les textes que j'ai cités ne disent pas que le testament devient authentique, mais que les copies qu'on en certifie, ainsi que les copies de la preuve et du jugement, sont authentiques, ce qui n'est pas la même chose. Je puis citer dans ce sens l'arrêt rendu par le conseil privé dans la cause de *Mignault* & *Malo*, (3 R. L., p. 606 ; 16 L. C. J., p. 288 ; 4 P. C. App. p. 123), où il a été jugé que, d'après la pratique invariable des tribunaux du Bas-Canada, depuis 1801, le jugement de vérification n'a pas l'effet concluant qu'on lui attribue en Angleterre, et que l'héritier qui a été appelé à la vérification et qui l'a contestée, peut ensuite, nonobstant la vérification du testament, demander la nullité de ce testament sur une action que le légataire dirige subséquemment contre lui pour obtenir le paiement de son legs.

Mais l'effet de la vérification, c'est de rendre les copies du testament authentiques comme copies, et de donner au testament lui-même une force probante *primâ facie*, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'il soit mis de côté à la demande d'une partie intéressée. En d'autres termes, celui qui invoque un testament dûment vérifié est dispensé d'en faire la preuve ; c'est à la partie adverse à l'attaquer et à faire la preuve de sa nullité. L'effet du jugement de vérification est donc relatif. Il résulte en outre de l'arrêt rendu par le conseil privé, dans la cause de *Mignault* & *Malo*, que ce jugement ne constitue pas chose jugée, même à l'égard de ceux qui ont été appelés à la vérification et qui l'ont contestée.

SECTION IV.—DES LEGS.

Avec cette section nous entrons dans le cœur même de notre sujet, car le législateur y traite toute la matière des successions testamentaires. Dans les trois sections qui précèdent, nous nous sommes occupés spécialement du testament, c'est-à-dire des conditions de capacité chez le testateur, de forme quant à l'acte, et d'authenticité, quant à la force probante, qu'il doit remplir. Dans les sections V et VI, il sera question de la révocation des testaments et de la caducité des legs, ainsi que de l'exécuteur testamentaire. Il s'agit donc ici d'une manière spéciale de la succession *testamentaire*, qui est celle qui procède de la volonté de l'homme, tandis que la succession *ab intestat* est celle qui est déférée par la loi seule (art. 597).

Or toute disposition testamentaire, dans le langage juridique, et eu égard à la transmission des biens du testateur, porte le nom de *legs*, et celui qui est gratifié de cette disposition s'appelle généralement *légataire*, alors qu'on désigne celui qui recueille la succession *ab intestat* sous le nom d'*héritier* (*a*).

Les legs, à l'égard des biens qu'ils transmettent, se divisent en trois espèces Il y a le legs universel, le legs à titre universel et le legs particulier. Nous avons rencontré cette division dans le chapitre *Des donations*, et nous avons vu que son importance pratique sied dans la responsabilité plus ou moins grande (cette responsabilité n'existe pas en principe dans le cas du legs particulier) qu'elle entraîne pour les dettes du testateur. Donc, toute disposition testamentaire constitue un legs et tout legs est, soit universel, soit à titre universel, soit particulier. Cette indication sommaire suffira pour le moment.

Les codificateurs ont divisé cette section en quatre paragraphes : 1º Des legs en général ; 2º Des legs universels et à titre universel ; 3º Des legs à titre particulier ; 4º De la saisine du légataire. Le quatrième paragraphe aurait dû venir en second

(*a*) Il est vrai que l'article 597, après avoir distingué la succession *ab intestat* et la succession testamentaire, ajoute : " celui auquel l'une ou " l'autre de ces successions est dévolue est désigné sous le nom d'héri-" tier." Cependant, dans le langage juridique, on se sert plutôt du mot *héritier* pour désigner le successeur *ab intestat* et du mot *légataire* pour indiquer le successeur testamentaire. Le législateur lui-même, même après avoir qualifié les deux successeurs sous le nom d'héritier, semble avoir suivi cette règle, bien qu'il emploie souvent l'une ou l'autre de ces appellations indistinctement. Voy. ma remarque à ce sujet en mon tome 3, p. 254.

lieu, après les dispositions qui s'appliquent aux legs en général, car la saisine du légataire s'opère de plein droit, et dès l'instant du décès du testateur, et elle est la première conséquence de l'ouverture de la succession testamentaire. Je devrai donc intervertir l'ordre suivi par le législateur dans la division de cette section. Je ferai également remarquer que la majeure partie des dispositions du titre *Des successions*, expliquées au tome 3 de cet ouvrage, s'appliquent aux successions testamentaires, et qu'il suffira dans ce cas d'un simple renvoi.

§ I.—*Des legs en général.*

I. Définition et division du legs.—Pothier (*a*) définit le legs la disposition directe que le testateur fait au profit de quelque personne, soit de l'universalité ou d'une quotité de ses biens, soit de quelque chose particulière. Cette définition fait voir que le legs est, comme je l'ai dit, soit *universel*, soit *à titre universel*, soit *à titre particulier*. L'article 863, du reste, fait cette distinction en ces termes :

863. " La disposition qu'une personne fait de ses biens par " testament constitue un legs universel, ou à titre universel, " ou un legs à titre particulier " (*b*).

II. La succession testamentaire exclut la succession ab intestat quand elle comprend tous les biens du défunt.—Nous avons vu à l'article 597 que ce n'est qu'à défaut de la succession testamentaire que la succession *ab intestat* a lieu. Dans le droit romain, le testament devait comprendre tous les biens du testateur et renfermer une institution d'héritier ; on ne pouvait mourir *partim testatus* et *partim intestatus*. Dans le droit coutumier, au contraire, la succession testamentaire n'allait pas sans la succession *ab intestat ;* le testament n'instituait pas un héritier, car, disait-on, Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut. Dans tous les cas donc l'héritier légal était saisi de tous les biens du défunt, le testateur ne pouvait le dépouiller de sa réserve, et le légataire devait lui demander délivrance de son legs (*c*).

(*a*) *Donations testamentaires*, ch. II, sec. 1ère § 2, éd. Bugnet, t, 8, nº 64.

(*b*) C'est la reproduction en d'autres termes du premier alinéa de l'art. 1002 du code Napoléon.

(*c*) Le testateur mourait donc nécessairement *partim testatus* et *partim intestatus*, puisqu'il ne pouvait enlever aux héritiers du sang une partie de ses biens.

On pouvait comprendre ce système en présence des réserves coutumières qui attribuaient aux héritiers du sang une partie des biens du défunt en dépit des dispositions testamentaires de ce dernier. Mais cette doctrine eût été illogique, dans notre droit, où il n'y a plus de réserves et où, partant, la liberté de tester est illimitée. Il s'ensuit qu'on doit assimiler le légataire à l'héritier et c'est ce que notre code a fait (conf. surtout les art. 735 et 891).

Mais si le testateur n'a pas usé de cette liberté et n'a testé que d'une partie de sa succession, les biens non légués seront dévolus à ses héritiers légitimes, et demeureront dans sa succession *ab intestat.* Il en sera de même des biens légués par des dispositions testamentaires qui manquent absolument d'effet. C'est ce que l'article 864 dit en ces termes :

864. " Les biens que le testateur laisse sans en avoir disposé, " ou au sujet desquels les dispositions manquent absolument " d'avoir effet, demeurent dans sa succession *ab intestat* et vont " à ses héritiers légaux " (*a*).

Donc, si le testateur n'a légué que la moitié de ses biens, ou si la disposition qu'il a faite de l'autre moitié manque d'effet, cette moitié appartiendra à ses héritiers réguliers, et à défaut de ceux-ci, ou, sur leur renonciation, à ses successeurs irréguliers.

Nous trouvons une autre conséquence du principe énoncé par les articles 597 et 864 à l'article 899 qui est en ces termes :

899. " Personne ne peut exclure son héritier de sa succes- " sion, si l'acte qui contient l'exclusion n'est revêtu des formes " d'un testament."

Cette disposition est de droit nouveau. Sous l'ancien droit, disent les codificateurs, l'exhérédation pouvait avoir lieu pour des causes déterminées et elle avait l'effet de priver l'exhérédé non seulement de la succession disponible, mais des réserves légales quant aux propres et à la légitime.

L'article 151 du projet de ce titre, auquel la législature a substitué notre article 899 sur la proposition des commissaires, n'énumérait pas les causes d'exhérédation, mais se contentait de dire que l'exhérédation pour cause et par acte devant notaire, admise par les anciennes lois, conservait ses effets pour priver l'exhérédé de la succession, sans qu'il fût besoin

---

(*a*) Cet article, comme du reste l'art. 597 dont il est le corollaire, ne se trouve pas dans le code Napoléon.

d'exclusion par testament (*a*). Les codificateurs étaient d'avis que cette faculté d'exhérédation, étant le contraire d'une restriction à la liberté de tester, n'avait pas été abrogée par la législation de 1774 et de 1801. D puis le code, si une personne désire priver ses héritiers légitimes de sa succession, elle doit le faire par testament.

Des questions intéressantes se présentent quelquefois lorsqu'il s'agit de déterminer l'effet de l'exhérédation. Ainsi, le défunt, qui n'avait pas d'enfants ni de successeurs privilégiés, s'est contenté de dire dans son testament : J'exclus de ma succession tous mes parents maternels ; il n'a fait aucun legs. L'effet de cette disposition est de léguer aux parents paternels du testateur la moitié de ses biens qui aurait été dévolue à ses parents maternels, s'il fût décédé sans testament. Cependant l'exhérédation absolue, en ce sens que le testateur priverait de son hérédité tous ses successeurs, sans instituer personne, rendrait le testament nul, car tout testament doit contenir une disposition de biens. Mais supposons que le testateur a exclu certains de ses parents et a ensuite institué un légataire universel, et que ce legs universel est devenu caduc. Faut-il dans ce cas maintenir l'exclusion ? On décide que l'effet de l'exclusion subsiste, malgré la caducité du legs universel, puisque l'exclusion est une disposition indépendante et accessoire de ce legs. Mais il ne faudrait pas dans ce cas que l'exhérédation des parents du testateur ait été absolue (*b*).

III. Acceptation et répudiation des legs. — Il n'y a ici qu'à appliquer les règles de l'acceptation et de la répudiation des successions que j'ai exposées au titre *Des successions*. L'article 866 pose ce principe en ces termes :—

866. " Le legs peut toujours être répudié par le légataire " tant qu'il ne l'a pas accepté. L'acceptation est formelle ou " présumée. La présomption d'acceptation s'établit par les " mêmes actes que dans la succession *ab intestat*. Le droit " d'accepter le legs non répudié passe aux héritiers ou autres " représentants légaux du légataire, de même que les droits " successifs qui découlent de la loi seule."

(*a*) On trouvera l'énumération des causes d'exhérédation dans Ricard, *Donations*, 3e partie, no 943, et dans Pothier, *Successions*, éd. Bugnet, t. 8, p. 25.

(*b*) Voy. sur ces questions que je n'ai pas la prétention de traiter longuement, Laurent t. 13, nos 482, 483 ; Pandectes françaises, vo *Donations et testaments*, nos 7897 et suiv.

L'acceptation du legs peut donc être expresse ou tacite, pure et simple ou sous bénéfice d'inventaire. Elle n'est définitive que lorsqu'elle est faite par une personne *sui juris*. Quand le légataire est mineur ou interdit, l'acceptation est définitive lorsqu'elle se fait par son tuteur ou curateur avec l'autorisation du conseil de famille, mais alors elle est censée faite sous bénéfice d'inventaire. Le législateur se contente ici, par l'article 867, de renvoyer aux dispositions, à cet égard, du titre *Des successions*. Cet article se lit ainsi qu'il suit :—

867. " Les tuteurs et curateurs peuvent accepter les legs " sous les mêmes modifications que dans le cas des successions " *ab intestat*.

" La capacité du mineur et de l'interdit pour prodigalité " d'accepter eux-mêmes les legs, suit les mêmes règles que " pour l'acceptation d'une succession."

Voy. au surplus les articles 301 et 643.

Je puis dire, comme remarque générale, que la répudiation du légataire rend le legs caduc, et bénéficie au légataire universel ou à l'héritier du sang, sauf les cas où il y a lieu à accroissement.

IV. Cas où le legs devenu caduc était chargé d'un autre legs.— J'exposerai dans la section V de ce chapitre les causes de caducité des legs, et je viens de dire que le legs devient caduc lorsqu'il est répudié par le légataire. Il s'agit ici des effets de la caducité du legs, pour une cause qui se rattache au légataire, quand ce legs est chargé d'un autre legs. Ainsi Pierre lègue sa maison à Paul, à charge de payer la somme de $1000 à Jacques. Paul répudie le legs ou bien ce legs devient caduc par le prédécès de Paul. Que devient alors le legs fait à Jacques comme charge de celui fait à Paul ?

Cette question eût été plus à sa place dans la section V de ce chapitre où il est traité de la caducité des legs. Toutefois, comme le législateur la résout ici, je vais rapporter immédiatement la disposition de l'article 865 qui maintient le legs dont le legs devenu caduc était chargé.

865. " Lorsqu'un legs chargé d'un autre legs devient caduc " pour une cause qui se rattache au légataire, le legs imposé " comme charge ne devient pas pour cela caduc, mais est " réputé former une disposition distincte, à la charge de l'héritier ou du légataire qui recueille ce qui faisait l'objet du " legs atteint de caducité."

Donc, la caducité du legs principal n'affecte pas le legs

21

imposé au légataire comme charge, et le paiement de ce legs incombe à celui qui recueille la chose qui faisait l'objet du legs devenu caduc. Cette solution, admise dans le dernier état du droit romain, n'a jamais fait doute dans l'ancien droit français. C'est encore ce qu'on enseigne en France sans l'aide d'un texte comme celui de notre article 865 (*a*).

Il s'agit ici sans aucun doute d'un legs grevé d'une charge réelle. Si la charge n'était que personnelle, comme si le testateur lègue une chose à un mathématicien, à la charge d'enseigner les mathématiques à son fils, ou à un peintre, sous l'obligation de peindre un tableau pour le bénéfice d'un tiers, la charge s'éteindra avec le legs (*b*).

Enfin, sans autrement anticiper sur cette question de la caducité des legs, disons que le legs devient caduc " pour une cause qui se rattache à la personne du légataire," dans trois cas :

1° Lorsque le légataire ne survit pas au testateur (art. 900);

2° Lorsqu'il est incapable de recevoir par testament, comme s'il est mort civilement (art. 36), ou quand le legs est fait à une corporation, si cette corporation a épuisé son pouvoir d'acquérir (art. 836);

3° Lorsqu'il répudie le legs (art. 652, 866, 904) (*c*).

Ajoutons qu'il résulte des termes de notre article que la charge est éteinte si la caducité ne se rattache pas à la personne du légataire. Ainsi, si la chose léguée a péri avant la mort du testateur, la charge disparaît en même temps que le legs (art. 903) (*d*). Si le légataire a par son fait détruit la chose, il ne resterait pas moins tenu du legs fait à un tiers dont son legs était chargé, mais ce cas n'entre pas dans l'hypothèse de notre article, ce n'est que l'application de la maxime qu'on ne peut se libérer par son propre fait. Lorsque la chose a péri après la mort du testateur, sans le fait ou la faute de l'héritier, le legs se trouvera caduc si l'héritier n'était pas alors en demeure de livrer la chose léguée. La caducité se produira encore, même quand l'héritier était en demeure, si la chose eût également péri entre les mains du légataire (art. 903, 1200). Dans tous les cas la charge est éteinte en même temps que le legs.

(*a*) Comp. Demolombe, t. 22, n° 358.

(*b*) Pothier, *Introd. au titre 16 de la coutume d'Orléans*, n° 146 ; Demolombe, *loc. cit.*

(*c*) Demolombe, t. 22, n° 298.

(*d*) Demolombe, n° 338.

V. Du droit d'accroissement.—En traçant ici les règles de l'accroissement, nos codificateurs ont encore une fois manqué de logique. L'accroissement est l'un des effets de la caducité des legs ; or il est question de la caducité des dispositions testamentaires dans la section V de ce chapitre, et c'est là qu'on aurait dû placer l'article 868 comme l'article 865, où il est également question des effets de la caducité des legs. Le code Napoléon ne prêtait pas à ce reproche, mais les auteurs de notre code ne paraissent pas en avoir tenu compte. Cependant, je ne me crois pas autorisé à intervertir un ordre dont les codificateurs seuls sont responsables, et je pense que le lecteur, habitué à consulter les articles du code à l'endroit où le législateur les a placés, m'en saura gré.

On remarquera en outre que l'accroissement peut se produire en matière de donations entre vifs comme en matière de donations testamentaires. Cependant, c'est surtout dans ce dernier cas qu'il est question de ce droit et tout le sujet se place naturellement dans ce chapitre. Les règles de l'accroissement sont les mêmes que la donation soit entre vifs ou par testament, et le lecteur les appliquera facilement dans l'une ou l'autre hypothèse.

Dans l'ancienne jurisprudence on regardait la question de l'accroissement comme l'une des plus ardues du droit. " Elle " fourmille en difficultés ardues et subtiles," disait Furgole. On sera bien aise de constater, cependant, qu'elle n'a pas effrayé au même point les auteurs modernes, qui n'y voient qu'une question d'interprétation de la volonté du testateur (*a*).

L'article 868 pose en ces termes les règles qui régissent le droit d'accroissement :—

868. " Il y a lieu à accroissement au profit des légataires en " cas de caducité, lorsque le legs est fait à plusieurs conjoin- " tement.

" Il est réputé tel lorsqu'il est fait par une seule et même " disposition et que le testateur n'a pas assigné la part de " chacun des colégataires dans la chose léguée. L'indication " de quote-part égale dans le partage de la chose donnée par " disposition conjointe n'empêche pas l'accroissement.

" Le legs est encore réputé fait conjointement quand une " chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration a été léguée par le même acte à plusieurs personnes " séparément.

(*a*) Comp. Demolombe, t. 22, nos 361 et 363.

" Le droit d'accroissement s'applique aussi aux donations " entre vifs faites à plusieurs par dispositions conjointes et qui " ont failli d'être acceptées quant à tous les donataires " (*a*).

De droit commun la caducité du legs profite au débiteur de ce legs. Ainsi Pierre laisse un fils, Paul, mais, par son testament, il lègue sa maison à Jacques. Si Jacques meurt avant le testateur ou s'il répudie le legs, cette chose appartiendra à Paul qui la recueillera dans la succession *ab intestat* de Pierre. Voilà le principe général en matière de caducité de legs. Le legs est anéanti et la chose retourne à l'héritier qui l'aurait recueillie sans la disposition que le testateur en avait faite. Mais Pierre lègue sa maison à Jacques et à Jean, conjointement, et Jacques meurt avant le testateur ou renonce au legs. En ce cas, il est naturel que Jean prenne la maison tout entière, car elle lui était léguée en entier ; il ne subissait le partage que parce que le testateur lui avait donné un concurrent à qui, également, il avait légué toute la maison. Quand ce concurrent disparaît, son droit demeure entier. Dans un cas comme dans l'autre il ne s'agit que de donner effet à la volonté du testateur. Lorsque, dans la première hypothèse, il léguait sa maison à Jacques, son intention était de ne priver son héritier de cette maison que si le legs qu'il en faisait prenait effet ; il préférait Jacques à son héritier, mais quand Jacques n'était plus là pour recueillir le legs, l'héritier rentrait dans tous ses droits, car il ne restait plus personne que le testateur lui eût préféré pour la possession de cette maison.

Dans la seconde hypothèse, quand le testateur a légué sa maison à Jacques et à Jean, conjointement, il préférait les deux légataires à son héritier, et ce dernier ne peut retenir la maison alors qu'il reste un des légataires qui puisse la recueillir. Donc, comme je l'ai dit, il ne s'agit ici que d'interpréter la volonté du testateur et le législateur n'a fait que poser certaines règles ou plutôt certaines présomptions pour nous aider dans cette tâche. Par conséquent, le droit d'accroissement n'est au fond qu'une présomption de la volonté du testateur (*b*).

(*a*) Cet article s'est inspiré des articles 1044 et 1045 du code Napoléon. Je ferai plus loin la comparaison des deux textes.

(*b*) Quand le legs est caduc et qu'il n'y a pas lieu à accroissement, la caducité du legs ne profite à l'héritier que lorsque le testateur n'a pas institué un légataire universel ; ce dernier recueille la chose même quand il n'a été institué que pour le résidu de la succession après que le testateur a fait des legs particuliers. C'est la décision de Pothier, *Donations testamentaires*, éd. Bugnet, t. 8, nº 334. Lorsqu'il y a un légataire à

Il n y a lieu à l'accroissement que lorsque la même chose a été léguée à plusieurs conjointement, *conjunctim*, c'est-à-dire quand la même chose est léguée tout entière à chaque colégataire. Il faut qu'il y ait solidarité de vocation entre tous les colégataires. Quand tous les colégataires répondent à l'appel, il faut nécessairement partager la chose léguée entre les ayants droit, bien que chacun d'eux ait un titre au tout, car on ne peut l'attribuer à un seul. Le concours des colégataires amène donc un partage, *concursu partes fiunt* (*a*). Mais si l'un des colégataires ne se présente pas, il y aura un copartageant de moins, et si tous les colégataires moins un font défaut, celui-ci, ne rencontrant plus aucun droit rival, exercera sa vocation dans toute sa plénitude et obtiendra la totalité de la chose léguée. Tel est le droit d'accroissement (*b*).

L'histoire du droit d'accroissement, dans le droit romain comme dans l'ancien droit français, serait d'un grand intérêt mais nous entraînerait trop loin (*c*). Je me contenterai d'exposer la doctrine de l'ancien droit, et ensuite il sera facile de constater si le code pose de nouvelles règles.

On disait, dans le droit romain et dans l'ancien droit français, que les colégataires peuvent être conjoints de trois manières : *aut re, aut re et verbis, aut verbis tantum*.

Ils sont conjoints *re*, quand le testateur a légué, dans le même testament mais par des dispositions distinctes, la même chose à deux ou plusieurs personnes. Ainsi le testateur a dit : Je lègue ma maison à Pierre ; je lègue la même maison à Paul. C'est la conjonction réelle. Pierre et Paul reçoivent la même chose par des legs séparés ; le legs lui-même est fait *disjunctim* ou *separatim*, mais comme la même chose est l'objet de chaque legs, on dit que les légataires sont conjoints par la chose malgré qu'ils soient disjoints par les termes du testament.

Les légataires sont conjoints *re et verbis* lorsque, dans une seule et même disposition, le testateur lègue la même chose à deux ou à plusieurs personnes. Ainsi il dit : Je lègue ma maison à Pierre et à Paul. Ici les colégataires sont conjoints par les

---

titre universel, le même principe s'applique quant à la caducité des legs particuliers que le testateur a faits sur l'universalité qu'il lui a léguée.

(*a*) C'était le mot de Celse.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, nº 661.

(*c*) Le lecteur trouvera cette esquisse historique dans Demolombe, t. 22, nºs 364 et suiv., et dans M. Huc, t. 6, nºs 393 et suiv.

termes du testament, *verbis*, puisque la maison leur est léguée par une seule et même disposition, et par la chose, *re*, car le testateur lègue à chacun d'eux la même chose.

Enfin les légataires sont conjoints *verbis tantum* quand, par une seule et même disposition, le testateur lègue la même chose à deux ou à plusieurs personnes, avec indication de la part que chacune d'elles pourra y prétendre. Il dit, par exemple : Je lègue ma maison à Pierre et à Paul, par parts égales, ou dans toute autre proportion. Ici les légataires sont disjoints par la chose, *re*, car chacun d'eux reçoit une part distincte de la chose léguée ; ce sont réellement des legs distincts, mais les légataires sont conjoints par les termes du testament, *verbis*, puisque ces legs distincts leur sont faits par une seule et même disposition.

Dans le premier cas il y avait lieu, dans le droit romain et dans l'ancien droit français, au droit d'accroissement ou plutôt de non-décroissement. C'était la conjonction la plus énergique.

Dans la deuxième hypothèse, le défaut de l'un des colégataires faisait naître un droit d'accroissement chez l'autre, puisque la chose était léguée aux deux conjointement.

Enfin, dans le troisième cas, la conjonction existant dans les mots plutôt que dans la chose, puisqu'une fraction de cette chose était léguée à chaque légataire, il n'y avait pas, du moins en général, lieu à l'accroissement (*a*).

Reprenons maintenant les termes de notre article et demandons-nous si le législateur a consacré cette doctrine. Je comparerai en même temps ces termes à ceux du code Napoléon, car il importe de savoir si nous pouvons accepter la doctrine des auteurs modernes sans courir le risque de violer notre texte. Cette comparaison est d'autant plus importante que l'on enseigne en France que le code Napoléon s'est écarté de la doctrine de l'ancien droit (*b*).

Le premier alinéa de notre article 868, dit :

" Il y a lieu à accroissement au profit des légataires en cas " de caducité, lorsque le legs est fait à plusieurs conjoin- " tement."

L'alinéa correspondant de l'article 1044 du code Napoléon est en ces termes :

" Il y aura lieu à accroissement au profit des légataires,

(*a*) Comp. Demolombe, nos 362 et suiv,, et M. Baudry-Lacantinerie, no 662.

(*b*) Demolombe, no 366 ; M. Baudry-Lacantinerie, nos 662 et suiv.

"dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement."

Ces deux dispositions sont identiques, mais il est facile de voir qu'on a écarté l'ancienne tradition, en exigeant que les legs se fassent conjointement. On paraît même rejeter la conjonction la plus énergique de l'ancien droit, celle qui se faisait par la chose, *re*.

Le deuxième alinéa de notre article renferme deux parties ou phrases distinctes. Je ne citerai d'abord que la première, pour la comparer au second alinéa de l'article 1044 du code Napoléon.

" Il est réputé tel lorsqu'il est fait par une seule et même "disposition et que le testateur n'a pas assigné la part de "chacun des colégataires dans la chose léguée."

Le second alinéa de l'article 1044 du code Napoléon dit :

" Le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il sera fait "par une seule et même disposition et que le testateur n'aura "pas assigné la part de chacun des colégataires dans la chose "léguée."

On le voit nos codificateurs ont copié textuellement la disposition du code Napoléon, mais ici les deux dispositions me paraissent s'inspirer de l'ancien droit, car il s'agit de la conjonction *re et verbis*, où le droit d'accroissement avait lieu.

Notre code ajoute, dans la seconde partie de l'alinéa 2 de l'article 868 :

" L'indication de quote-part égale dans le partage de la "chose donnée par disposition conjointe n'empêche pas l'ac-"croissement."

Cette disposition ne se trouve pas dans le code Napoléon et la question qu'elle y résout est controversée dans le droit français moderne.

On y enseigne qu'il n'y a pas d'accroissement entre les légataires conjoints *verbis tantum*, et cette doctrine est assurément celle de notre code. Donc, si le testateur dit : Je lègue ma ferme par moitié à Pierre et à Paul, il n'y aura pas lieu à accroissement, car il lègue à chacun une chose distincte, la moitié de sa ferme.

Mais on se demande si toute assignation de parts, quelle qu'elle soit, exclut l'accroissement, et c'est sur cette question qu'il y a partage d'opinion parmi les commentateurs du code Napoléon. Demolombe (n° 371 et suiv.) indique à ce sujet trois opinions.

D'après la première, l'assignation de parts est toujours exclusive du droit d'accroissement. C'est l'avis d'un petit nombre d'auteurs.

Selon la deuxième opinion, il faut distinguer. L'assignation de parts porte-t-elle sur le *titre même* des légataires, dont la vocation se trouve, *ab initio*, restreinte à une portion déterminée de la chose léguée, comme si le testateur avait dit : Je lègue ma terre à Pierre et à Paul, *par moitié :* il ne pourra pas y avoir d'accroissement. Ne porte-t-elle, au contraire, que sur l'*exécution* du legs, sur le partage à faire, de telle sorte qu'elle n'est qu'une clause accessoire du legs, comme si le testateur dit : Je lègue ma terre à Pierre et à Paul ; *ils la partageront par moitié :* il y aura accroissement. Ce système paraît avoir réuni le plus de suffrages.

Enfin, il y a une troisième opinion qui rentre dans la seconde, en posant toutefois quelques restrictions. Elle n'admet l'accroissement, dans les cas où le deuxième système l'accueille, que s'il y a, dans le testament, des clauses additionnelles démontrant que l'intention du testateur, en assignant des parts aux légataires, a été de se référer uniquement à l'exécution du legs (*a*).

Notre code consacre expressément la seconde opinion (*b*). Mais il faut que l'assignation de quote-part dans le partage de la chose soit *égale ;* si elle était *inégale,* on ne pourrait dire qu'elle se réfère à l'*exécution* du legs, qu'elle n'était qu'une clause accessoire, inutile à exprimer, et que la chose était léguée en entier à chaque colégataire. L'inégalité dans le partage porte sur le titre même des légataires (*c*).

Enfin le troisième alinéa de notre article dit : " Le legs est " encore réputé fait conjointement quand une chose qui n'est " pas susceptible d'être divisée sans détérioration a été léguée " par le même acte à plusieurs personnes séparément."

De son côté l'article 1045 du code Napoléon porte :

" Il sera encore réputé fait conjointement, quand une chose " qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration, " aura été donnée par le même acte à plusieurs personnes, " même séparément."

Sauf le mot " même " avant " séparément " dans l'article

(*a*) Ce système est enseigné par Demolombe, nº 373, MM. Baudry-Lacantinerie, nº 663, Huc. t. 6, nº 396 et par quelques autres.

(*b*) Cette opinion paraît n'être pas celle de Pothier, *Donations testamentaires*, nºˢ 349-351. Il semble adopter la première opinion.

(*c*) C'est ce que les partisans de la seconde opinion que notre code a adoptée, n'hésitent pas à enseigner. Voy. les auteurs que cite Demolombe, nº 374.

1045—qui à mes yeux ne constitue pas une différence—les deux textes sont absolument identiques (*a*).

Mais on ne peut se cacher ici que les deux codes ont écarté la doctrine de l'ancien droit. Il s'agit de la conjonction par la chose, *re tantum*, laquelle était, je l'ai dit, la conjonction la plus énergique. Or notre code, à l'instar du code Napoléon, n'admet le droit d'accroissement que si la chose léguée " n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration." Donc, le legs de la même somme fait par des dispositions distinctes, ne donnera pas lieu à accroissement, car cette somme est susceptible d'être divisée sans détérioration.

C'est tout le contre-pied de la doctrine de Pothier (*b*). Il pose le principe qu'il n'y a lieu au droit d'accroissement " qu'entre ceux qui sont légataires de la même chose, *ou de la* " *même somme*, chacun pour le total."

Et il ajoute : " Il y a deux espèces de ces colégataires : Ceux " à qui on lègue la même chose *ou la même somme* par des " phrases séparées, qu'on appelle *conjuncti re tantum*, comme " lorsque je lègue ainsi : Je lègue ma maison de la Corne à " Pierre ; je lègue ma maison de la Corne à Paul, ou bien *je* " *lègue à Pierre dix pistoles ;* je lègue aussi à Paul les mêmes " dix pistoles." Dans le même sens voyez Bourjon, *Droit commun de la France*, t. 2, *Testaments*, ch. 6, sec. 11. Toutes ces autorités sont citées par les codificateurs.

Après cela on peut s'étonner que les commissaires aient dit dans leur rapport (t. 2, p. 180), que les règles exposées aux articles 863 à 877, " sont celles bien connues de notre ancien " droit, qu'il n'est pas nécessaire de commenter." Une remarque comme celle-là, loin d'expliquer le travestissement qu'on a fait des anciennes règles de l'accroissement, ne rend ce travestissement que plus extraordinaire (*c*).

Il me sera possible maintenant d'expliquer en peu de

(*a*) Je n'ai pas besoin de pousser cette comparaison plus loin et de citer le quatrième alinéa de notre article qui ne se réfère qu'aux donations entre vifs et qui, d'ailleurs, ne se trouve pas au code Napoléon.

(*b*) *Donations testamentaires*, nos 347-348.

(*c*) Ce qu'il y a d'assez curieux, c'est que les auteurs du code Napoléon sont tombés dans la même illusion. Ainsi, Jaubert, dans son rapport au tribunat, disait : " Toute l'ancienne théorie du droit d'accroissement se trouve très clairement résumée dans les articles 1044 et 1045" (cité par par Demolombe, no 376). Il semble, néanmoins, que nos codificateurs auraient pu profiter de l'exemple des auteurs du code français et éviter leur erreur.

mots, la nouvelle théorie de notre droit sur l'accroissement.

Les légataires sont-ils conjoints *re et verbis*, c'est-à-dire, le legs de la même chose a-t-il été fait à plusieurs par une seule et même disposition, sans assignation de parts : l'accroissement aura lieu. Les légataires seront encore réputés conjoints *re et verbis*, quand une même chose leur a été léguée par une disposition conjointe, avec indication de quote-part égale dans le partage de cette chose.

Les légataires sont-ils conjoints *re tantum* : on doit distinguer. La chose léguée est-elle susceptible de division sans détérioration, comme une somme d'argent : on ne pourra réclamer l'accroissement. Au cas contraire, comme si une maison a été léguée, il y aura lieu à accroissement, car une maison ne peut se diviser sans détérioration. Il est clair que la question de savoir si la chose léguée peut être divisée sans détérioration, est une question de fait (*a*).

Enfin, point d'accroissement quand les légataires sont conjoints *verbis tantum*, sauf le cas où l'assignation de parts égales dans la chose léguée ne porte que sur le partage de la chose, et alors on doit tenir, comme je l'ai dit, que les légataires sont conjoints *re et verbis*.

On le voit, en acceptant la deuxième opinion de la doctrine française sur l'assignation de parts, il n'y a pas de différence entre notre droit et le droit français moderne. Mais il est également clair que notre code a innové, et je n'appliquerais pas les règles qu'il énonce à des faits antérieurs à la codification (*b*).

Il n'y a ici que des présomptions de la volonté du testateur, puisque notre article dit que le legs est *réputé* fait conjointe-

---

(*a*) Il ne faudrait pas entendre par *détérioration*, une détérioration qui devrait aller jusqu'à la destruction de la chose. Demolombe, nº 378.

(*b*) Plusieurs auteurs critiquent cette innovation, avec raison à mon avis. Voy. notamment Demolombe, nº 366. On trouve surtout extraordinaire la théorie du code Napoléon—c'est, je l'ai dit, la théorie de notre code—sur la conjonction *re tantum*, que le droit romain regardait comme plus énergique que la conjonction *re et verbis*. Comment, en effet, expliquer que le législateur attache, dans le premier cas, une importance décisive à cette circonstance, insignifiante en soi, que la chose ne peut se diviser sans détérioration, lorsqu'il n'en tient aucun cas quand il s'agit de la conjonction moins énergique *re et verbis ?*

M. Baudry-Lacantinerie (nº 664) ajoute qu'on peut se consoler de cette erreur législative en songeant que la conjonction *re tantum* paraît à peu près inconnue dans la pratique, ce qu'on peut induire, dit-il, de l'absence de toute décision judiciaire sur ce point.

ment. Il s'ensuit qu'on peut combattre ces présomptions en faisant voir, par les termes du testament, que le testateur a manifesté expressément ou tacitement une volonté contraire à celle que la loi lui suppose (*a*).

Quand il y a plus de deux colégataires conjoints, la part de celui qui fait défaut accroît d'une manière égale à tous les autres, si le testateur n'a pas manifesté une volonté contraire. On pourrait trouver une indication de cette volonté, dit M. Baudry-Lacantinerie, nº 666, dans le fait que le testateur a établi plusieurs groupes parmi les colégataires, par exemple s'il a dit : je lègue mon domaine *aux enfants de mon frère et aux enfants de ma sœur.* Dans cette hypothèse on tiendrait, au cas du prédécès de l'un des enfants du frère du testateur, que le testateur a voulu que la part du prédécédé profitât aux enfants survivants de ce frère à l'exclusion des enfants de la sœur. Comp. cassation, 5 décembre 1881, Sirey, 1882. 1. 173 (*b*).

Mais doit-on décider, lorsque le legs devenu caduc était grevé de charges, que le colégataire qui profite de l'accroissement est tenu d'acquitter ces charges ? On répond affirmativement à cette question en France (*c*), et c'était l'avis de Pothier (*d*). C'est du reste ce que porte expressément notre article 865. Il s'ensuit que l'accroissement, qui se fait ainsi toujours *cum onere*, est facultatif (*e*).

Pothier (nº 345) enseigne que si le légataire qui a répudié le legs qui lui était fait conjointement avec une autre personne, devient héritier de son colégataire, mort après l'échéance du legs et sans s'être expliqué sur l'acceptation ou la répudiation de ce legs, il peut, en cette qualité d'héritier, acceptant le legs, acquérir la totalité du legs même la part qu'il avait répudiée de son chef. Il y avait controverse sur cette ques-

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 665.

(*b*) Pothier, *Donations testamentaires*, nº 343, décide que lorsqu'il y a deux colégataires institués individuellement, puis un groupe de légataires, institués comme groupe, et que l'un des premiers fait défaut, son colégataire prendra seul autant que le groupe de légataires ensemble.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 667.

(*d*) *Donations testamentaires*, nº 355.

(*e*) Dans le dernier état du droit romain, l'accroissement était forcé dans le cas des colégataires *conjuncti re tantum*, et se faisait *sine onere*, et facultatif dans le cas de ceux qui étaient *conjuncti re et verbis*, mais alors celui qui exerçait le droit d'accroissement assumait toutes les charges dont le legs était grevé. Voy. Pothier, nº 355.

tion dans le droit romain entre les Proculéens et les Sabiniens, et Pothier adopte l'opinion de ceux-ci.

Une question sur laquelle il y a controverse en France, c'est de savoir si les règles de l'accroissement, telles que formulées par notre article 868 et par le code Napoléon, s'appliquent aux legs d'universalité, c'est-à-dire aux legs universels ou à titre universel. Si la réponse à cette question est affirmative, il ne saurait y avoir accroissement entre colégataires universels ou à titre universel conjoints *re tantum*, car une universalité est toujours susceptible de division sans détérioration. Si, au contraire, l'article 868 se limite aux legs particuliers, ces colégataires pourront réclamer l'accroissement, car, en vertu de l'article 873, al. 1, chacun d'eux a une vocation personnelle à l'universalité toute entière. La plupart des auteurs écartent les articles 1044 et 1045 du code Napoléon, qui correspondent à notre article 868, décidant que ces articles se limitent au cas des legs particuliers. Ils se fondent sur ce que Pothier, de qui on a emprunté ces articles, se place uniquement au point de vue du legs particulier (*a*). Je crois qu'il y a les mêmes raisons d'en décider ainsi dans notre droit.

Une autre question plus chaudement controversée encore, c'est de savoir, quand le testateur a légué l'usufruit d'un immeuble à deux légataires conjointement, lesquels ont tous deux recueilli le legs, et que l'un des colégataires décède ensuite, si la part de ce légataire accroîtra à son colégataire ou fera retour à la nue propriété.

Et d'abord, on peut poser deux principes également certains : 1° l'accroissement se produit entre colégataires d'usufruit comme entre colégataires de propriété, quand les conditions prescrites à l'article 868 se rencontrent ; 2° lorsque chacun des colégataires a recueilli sa part du legs fait conjointement et qui s'est divisé entre eux par leur concours, tout est consommé, il ne peut plus être question de caducité ni d'accroissement, et chaque colégataire transmettra sa part après sa mort à ses successeurs quels qu'ils soient.

Il s'agit de savoir si ce dernier principe s'applique en matière de legs conjoint d'usufruit. Le testateur a légué l'usufruit d'un immeuble à Pierre et à Paul conjointement. Pierre et Paul recueillent tous deux le legs et Pierre meurt ensuite.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 668, *Donations et testaments*, t. 2, n° 2921 ; Demolombe, n°s 382 et suiv. Ce dernier auteur enseigne (n°s 398, 399) que l'accroissement, en matière de legs d'universalité, est forcé et qu'il se fait *cum onere*.

Paul pourra-t-il réclamer, par droit d'accroissement, la totalité de l'usufruit ?

Demolombe (nº 388) atteste que les jurisconsultes romains décidaient en faveur du colégataire et que cette solution était en général enseignée dans l'ancien droit. Telle est notamment l'opinion que Pothier exprime, *Donations testamentaires*, nº 346. On dit, en résumé, que tout l'usufruit a été légué à chaque légataire, mais comme ils recueillent le legs tous les deux, le droit de chacun ne peut s'exercer que sur une partie de la chose, *concursu partes fiunt* ; chaque légataire fait obstacle à ce que son colégataire exerce son droit dans sa plénitude. Mais si l'usufruit de l'un des deux vient à s'éteindre, l'obstacle qui n'était que temporaire disparaît, et rien ne s'oppose désormais à ce que le colégataire survivant exerce dans son intégrité, le droit d'usufruit qui lui a été légué en entier.

D'un autre côté, tout en admettant que ce droit d'accroissement se produira si telle a été la volonté du testateur, manifestée par les termes du testament ou les circonstances de la cause, on décide qu'en dehors de la manifestation d'une intention contraire, l'usufruit fera retour à la nue propriété. En effet le droit d'accroissement est une conséquence de la caducité du legs et ici il ne peut être question de caducité, puisque tous les legs ont produit leur effet. Telle est la solution de la majorité des auteurs en France (*a*) et je la crois la plus juridique.

(*a*) Voy. notamment Demolombe nº 389, aussi M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, nº 668, et Huc, t. 6, nº 398.

Il y a beaucoup d'autres questions qui se rattachent à cette matière, si complexe, mais je ne puis les traiter toutes. Ainsi, on décidait dans l'ancien droit que lorsqu'on a légué à deux personnes, conjointement, l'usufruit de tel immeuble, *pour leurs aliments*, le défaut d'un des colégataires ne donnait pas lieu au droit d'accroissement en faveur de l'autre. Car, disait-on, en leur léguant cet immeuble à titre d'aliments, le testateur est censé avoir limité le legs à la portion d'usufruit qu'il jugeait être suffisante pour les aliments de chacun d'eux. C'est ainsi que Pothier raisonne (nº 352) et cette solution, dit Demolombe, nº 386, est enseignée généralement par les auteurs modernes. Cependant, il la rejette, avec raison à mon avis. Le testateur a légué, non pas une pension alimentaire, mais l'usufruit d'un immeuble. Si les deux colégataires avaient recueilli cet usufruit, on n'aurait pu prétendre qu'il était plus que suffisant pour leurs besoins, et quand l'un des colégataires fait défaut, l'autre se trouve seul légataire de tout l'usufruit, comme ils l'auraient été tous les deux, si chacun d'eux avait recueilli le legs. D'ailleurs rien de plus variable et arbitraire que les besoins d'une personne ; elle peut être dans l'abondance aujourd'hui et dans l'indigence demain, car tout est relatif et précaire en cette matière. Je crois qu'il faudrait une manifestation de volonté contraire de la part du testateur pour en décider autrement.

Le quatrième alinéa de notre article dit que " le droit d'ac-" croissement s'applique aussi aux donations entre vifs faites " à plusieurs par dispositions conjointes et qui ont failli d'être " acceptées quant à tous les donataires."

On enseignait ce principe dans l'ancien droit (voy. Ricard, *Donations*, 3e part., no 477 et suiv.), mais la disposition de notre article ne se trouve pas au code Napoléon. Toutefois quelques auteurs admettent l'accroissement quand il s'agit de la donation d'un corps certain (*a*) ; ils doutent qu'il puisse avoir lieu lorsque l'objet de la donation est une somme d'argent, parce que le donateur n'a peut-être entendu devenir débiteur envers les donataires que divisément, envers chacun d'eux pour une part dans la somme donnée.

Je crois qu'ici surtout il faut scruter les termes de l'acte, car la donation non acceptée est inexistante, et le donateur en donnant à plusieurs n'entendait peut-être être liée, quant à toute la chose, qu'autant qu'ils accepteraient tous la libéralité qui leur était offerte.

Il me reste à faire une courte revue de la jurisprudence de nos tribunaux sur cette question du droit d'accroissement (*b*). Je n'aurai que fort peu d'arrêts à noter.

Je trouve d'abord la cause de *McDonald* & *Dodd* (30 L. C. J., p. 69), jugée par la cour d'appel en 1869, sur une contestation antérieure au code civil, dans laquelle cette cour, suivant l'arrêtiste, aurait décidé qu'il n'y a pas d'accroissement dans les donations entre vifs lorsque la propriété est donnée, et que, même dans les legs, il n'y a accroissement que lorsque le testateur n'a pas assigné à chaque légataire sa part dans la chose léguée. Toutefois, je ne trouve pas, dans le jugement de la cour d'appel, l'énonciation de cette distinction quant aux donations, laquelle, du reste, ne pourrait plus être faite en vue des termes formels de l'alinéa 4 de notre article. La cour a tout simplement jugé qu'il n'y avait pas eu donation conjointe.

Dans la cause de *Dubois* & *Boucher* (3, D. C. A., p. 241), la cour d'appel a décidé qu'un legs d'immeubles fait aux deux

(*a*) Voy. Duranton, t. 9, no 514 ; aussi Pandectes françaises, vis *Donations et testaments*, no 9830.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, t. 2, no 2903, dit que telle est la défaveur des art. 1044 et 1045 C. N., que les tribunaux français, encouragés en cela par la cour de cassation, cherchent, autant que possible, à n'y point recourir, et que c'est aux termes du testament et à l'ensemble des circonstances de la cause qu'ils demandent les intentions du testateur. Du reste, il est clair qu'ici le fait domine le droit.

conjoints par mariage, par l'ascendant de l'un d'eux, est censé fait à l'époux successible seul, et non aux deux conjointement, à moins d'une déclaration expresse à cet effet (art. 1276) ; et qu'un pareil legs ne donne pas lieu au droit d'accroissement en faveur de l'époux survivant, lorsque l'époux successible meurt avant le testateur, mais que dans ce cas le legs devient caduc. Dans l'espèce, la présomption de l'article 1276 excluait celle de l'article 868, et le legs ne pouvait être considéré comme conjoint.

Dans la cause de *Denis* v. *Cloutier* (14 Q. L. R., p. 115), le juge Andrews a jugé que l'accroissement en matière de legs se produit conformément à la volonté du testateur, telle que manifestée au testament ; que le droit d'établir l'accroissement est une conséquence du pouvoir de tester, et ne tire pas sa source dans l'article 868, dont le but n'est que de fixer les cas où il y a présomption légale que le testateur a voulu l'établir. Dans l'espèce, le savant juge, après l'examen du testament, est venu à la conclusion qu'il n'y avait pas lieu à accroissement.

Je me contente d'indiquer la décision du juge Loranger dans la cause de *Taschereau* v. *Masson* (M. L. R., 7 S. C., p. 207). Il s'agissait d'un testament qui léguait des biens à des fidéicommissaires, chargés d'en rendre la propriété aux arrière-petits-enfants du testateur, et de payer à ses enfants la moitié des revenus de la part assignée à chacun d'eux par le partage, et à ses petits-enfants la totalité de ces revenus, et de faire emploi durant la vie des enfants du testateur de la moitié de revenus réservée. Un des enfants étant décédé, le juge Loranger a jugé qu'il y avait eu accroissement de sa part au profit de la masse, ce partage de revenus ne portant que sur l'exécution du legs et n'étant pas un obstacle à l'accroissement.

Il y a encore la décision du juge Davidson dans *De Hertel & Roe* (R. J. Q., 1 C. S., p. 427), mais il n'y était question que de l'interprétation d'un testament.

VI. Des legs à titre de fiducie.—J'aurai à expliquer les règles de la fiducie au chapitre ajouté depuis la codification à ce titre qui en traite spécialement. Je ne fais que citer ici l'article 869 qui fut sans doute regardé comme suffisant à l'époque de la préparation du code civil. Cet article est en ces termes :

869. " Un testateur peut établir des légataires seulement " fiduciaires ou simples ministres pour des fins de bienfaisance " ou autres fins permises et dans les limites voulues par les

" lois ; il peut aussi remettre les biens pour les mêmes fins à " ses exécuteurs testamentaires, ou y donner effet comme " charge imposée à ses héritiers et légataires."

Ce n'est là qu'une conséquence de la liberté illimitée de tester. Le principe que le testateur peut établir des fiduciaires, léguer ses biens à des fidéicommissaires chargés d'obtenir la constitution d'une corporation, a été reconnu avant le code dans les causes de *Desrivières* & *Richardson* (Stuarts Reports, p. 218), *The Royal Institution for the Advancement of Learning* & *Desrivières* (Stuarts Reports, p. 224), *Freligh* v. *Seymour* (5 L. C. R., p. 492) et de *Abbott* & *Fraser* (20 L. C. J., p. 197).

Mais dans des legs de bienfaisance, il faut que l'objet de la bienfaisance soit clairement désigné, autrement le legs pourra être annulé pour cause d'obscurité. Ainsi, dans la cause de *Ross* & *Ross* (25 *Supreme Court Repts*, p. 307), le testateur avait chargé son légataire universel de distribuer la moitié de ses biens parmi des institutions de charité et parmi des parents pauvres (*poor relatives*). La cour suprême était d'avis que le mot " pauvre " était trop vague pour qu'on pût lui donner un sens, et que le mot " parents " devait s'entendre de ceux-là seulement qui auraient eu qualité pour recueillir les biens du testateur s'il fût décédé sans testament.

VII. De l'interprétation des legs. — J'ai expliqué ces règles, *supra*, pp. 268 et suiv., en parlant de l'interprétation des testaments. J'ai également cité l'article 872 qui se trouve dans ce paragraphe. Il n'est pas nécessaire d'y revenir.

Je laisse de côté deux articles de ce paragraphe, les articles 870 et 871. Je les expliquerai sous le paragraphe suivant.

§ II.—*De la saisine du légataire.*

I. Tous les légataires ont la saisine.—Dans l'ancien droit, je l'ai dit, il y avait une différence capitale entre le légataire et l'héritier. Celui-ci était saisi de la succession à la mort du *de cujus* par application de la maxime : *le mort saisit le vif.* Même lorsque le défunt avait laissé un testament, la saisine appartenait encore à l'héritier, qui était son représentant et le continuateur de sa personne. Toutefois, si le testateur avait nommé un exécuteur-testamentaire, ce dernier avait également la saisine, mais cette saisine, disait Pothier (*a*), était compatible

(*a*) *Donations testamentaires*, éd. Bugnet, t. 8, nº 212.

avec celle de l'héritier, car l'exécuteur testamentaire n'avait pas une vraie possession des biens du défunt, il n'en était que le séquestre. Dans le cas du légataire, au contraire, bien qu'il devînt propriétaire, sans aucun fait ni tradition, du jour du décès du testateur, lorsque le legs était pur et simple, et de l'avènement de la condition, quand ce legs était conditionnel, il n'acquérait pas,par le décès du testateur,la possession de la chose léguée ; il devait en demander la délivrance à l'héritier (*a*), et, s'il se mettait de lui-même en possession de cette chose, il se rendait coupable d'une voie de fait à l'égard de l'héritier (*b*).

Le système de l'ancien droit, bien que subtil, pouvait s'appuyer sur la vieille règle du droit coutumier : *institution d'héritier n'a lieu* (*c*), car le testament ne devait contenir que des legs, et une partie des biens du testateur était nécessairement acquise à ses héritiers légitimes. Mais la nouvelle législation de 1774 et 1801 bouleversa tout le système du droit coutumier, en permettant au testateur de disposer de tous ses biens avec pleine liberté, et sans égard aux réserves coutumières qui furent abolies. Dès ce moment, on pouvait se demander si, lorsque le testateur avait disposé de tous ses biens par son testament, il y avait encore lieu à la saisine légale en faveur de l'héritier du sang, ou si, au contraire, cette saisine ne passait pas de plein droit au légataire universel à l'exclusion de cet héritier. C'est la difficulté que la cour d'appel eut à trancher, en 1861, dans la cause de *Blanchet* & *Blanchet* (11 L. C. R., p. 204). Elle jugea que la délivrance de legs n'est plus nécessaire depuis la passation du statut 41 Geo. III, ch. 4 (c'est la loi de 1801), mais cet arrêt ne fut rendu que par une majorité du tribunal, le juge en chef, sir L. H. Lafontaine, et le juge Duval étant dans la minorité.

Ce n'est que peu de temps après cette décision que les codificateurs eurent à rédiger ce titre du code civil. Ils disent que la conséquence de la législation de 1774 et de 1801 avait été l'assimilation sous presque tous les rapports du légataire uni-

(*a*) On avait coutume de diriger cette action contre l'exécuteur testamentaire, lequel devait la dénoncer à l'héritier. Pothier, nº 245.

(*b*) Pothier, nº 239.

(*c*) L'article 299 de la coutume de Paris énonçait cette maxime et en précisait le sens en ces termes :—

"Institution d'héritier n'a lieu, c'est-à-dire qu'elle n'est requise et "nécessaire pour la validité du testament ; mais ne laisse de valoir la "disposition jusques à la quantité des biens dont le testateur peut vala- "blement disposer par la coutume."

versel et à titre universel à l'héritier, la saisine légale du légataire, à l'instar de celle de l'héritier, étant le point qui avait souffert le plus de contestation. Ils suivent la décision de la cour d'appel dans la cause de *Blanchet* & *Blanchet*, et présentent l'article 891 comme réglant un point douteux, sans cependant l'indiquer comme innovant au droit ancien (*a*).

Cet article est en ces termes :—

891. " Le légataire à quelque titre que ce soit est par le " décès du testateur ou par l'événement qui donne effet au " legs, saisi du droit à la chose léguée dans l'état où elle se " trouve, et des accessoires nécessaires qui en forment partie, " ou du droit d'obtenir le paiement, et d'exercer les actions qui " résultent de son legs, sans être obligé d'obtenir la délivrance " légale."

En France, un système assez compliqué a été suivi par le législateur. Il distingue d'abord le legs universel, le legs à titre universel et le legs à titre particulier.

Lorsque le legs est universel, il faut encore distinguer selon que le testateur a laissé ou non des héritiers réservataires. Au premier cas, les héritiers réservataires sont saisis de plein droit de tous les biens de la succession, et le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament (art. 1004, C. N). Au second cas, n'y ayant plus d'obstacle à la saisine du légataire universel, ce dernier est saisi de plein droit par la mort du testateur sans être tenu de demander la délivrance (art. 1006 C. N.).

Quand le legs est à titre universel, le légataire est toujours tenu de demander la délivrance, qu'il y ait ou non des héritiers réservataires ; il la demande à ceux-ci, ou à leur défaut, au légataire universel, ou, s'il n'y a ni héritier réservataire ni légataire universel, aux héritiers appelés dans l'ordre établi au titre *Des successions* (art 1011 C. N.) (*b*).

Enfin, puisque le légataire à titre universel n'a jamais la saisine, à plus forte raison en est-il ainsi du légataire particulier ; aussi, celui-ci ne peut jamais se mettre en possession de la chose léguée qu'à compter de sa demande en délivrance ou du jour où cette délivrance lui aura été volontairement consentie (art. 1014 C. N.).

(*a*) Rapport des codificateurs, t. 2, pp. 168 et 182.

(*b*) L'héritier à titre universel, en France, est si peu saisi, que, s'il n'y a ni successeur régulier, ni successeur irrégulier, ni légataire universel, il doit adresser sa demande de délivrance à un curateur de la succession vacante.

Le système du droit français peut se comprendre étant donné que la liberté illimitée de tester n'existe pas en France. Ici, le principe contraire étant consacré, il était logique d'accorder la saisine au légataire universel, car l'héritier légal se trouve sans droit du moment que le testament renferme un legs universel (art. 597).

Mais la doctrine de notre droit est-elle aussi logique lorsqu'elle accorde la saisine au légataire à titre universel et même au légataire particulier ? On peut en douter. Toutefois, l'intention du législateur était de donner effet à la volonté du testateur, dès l'instant de son décès, et cela quant à la possession comme à la propriété de la chose léguée, et d'abolir en même temps l'ancienne action en délivrance de legs, laquelle était inutile et même ridicule lorsque le testament renfermait un legs universel. J'ai défini la saisine en mon tome 3, p. 269. C'est une disposition de la loi en vertu de laquelle les droits et dettes d'un défunt passent, dès l'instant de sa mort, de sa personne en celle de ses héritiers, qui les acquièrent *ipso jure*, sans qu'ils aient besoin de manifester à cet effet aucune volonté, et même à leur insu ; en d'autres termes, c'est une investiture légale et instantanée des droits actifs et passifs du défunt. On peut appliquer cette définition au cas du légataire universel comme du légataire à titre universel ou particulier, et dire que, dès l'instant du décès du testateur, ils se trouvent investis de l'universalité ou de la chose particulière qui leur est léguée, et cela de plein droit et même à leur insu. Il est vrai que lorsque le testateur fait, dans le même testament, un legs particulier, un legs à titre universel et un legs universel, les trois espèces de successeurs auront la saisine des objets qui leur sont légués. Il en est de même quand le testateur fait des legs sans disposer de tous ses biens ; dans ce cas l'héritier légal et les divers légataires seront saisis en même temps de différents biens. Ce système peut certainement prêter à critique, mais la loi est formelle.

On remarquera une différence de langage dans le cas de la saisine accordée à l'héritier et dans celui de la saisine que l'article 891 confère au légataire. Quand il s'agit du premier, le code dit qu'il est saisi " de plein droit *des biens, droits et* " *actions* du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les " charges de la succession " (art. 607) ; ce sont, sauf la vieille maxime *le mort saisit le vif*, les expressions les plus énergiques qu'on pût employer pour indiquer l'instantanéité comme l'étendue de la transmission et les consé-

quences qu'elle entraîne. Lorsqu'il est question du légataire, le législateur semble moins sûr de lui-même. Le légataire, dit-il, " est par le décès du testateur ou par l'événement qui " donne effet au legs, saisi du *droit à la chose léguée*,.... ou " du *droit d'obtenir le paiement*, et d'exercer les actions qui " résultent de son legs, sans être obligé d'obtenir la délivrance " légale." Si nous ne connaissions l'intention du législateur et n'étaient les derniers mots de l'article 891, nous pourrions très bien nous demander si le système du droit coutumier serait affecté par une telle disposition. Cependant, cette intention n'étant pas équivoque, il faut tenir que la transmission de l'objet du legs est instantanée et que la saisine testamentaire produira les mêmes effets que la saisine légale.

Toutefois il y a lieu, à mon avis, de faire une distinction capitale suivant que l'objet du legs est un corps certain ou une chose qui n'est pas déterminée individuellement, comme tant de minots de blé ou une somme d'argent. Dans le premier cas la saisine aura lieu de plein droit par le décès du testateur; dans le second, le legs constituera le légataire créancier de l'héritier ou du légataire qui est chargé de lui payer cette somme ou cette chose non déterminée individuellement, mais il ne sera pas saisi de la somme ou de la chose elle-même, et une demande de paiement de sa part à celui que le testament charge de ce legs sera nécessaire. Cette distinction ressort des termes mêmes de notre article. Le législateur dit que le légataire est saisi " du droit *à la chose léguée* dans " l'état où elle se trouve, et des accessoires nécessaires qui en " forment partie," et évidemment il s'agit ici du legs d'un corps certain qui constitue le légataire propriétaire de cette chose. Mais il ajoute immédiatement " ou du droit *d'obtenir* " *le paiement et d'exercer les actions* qui résultent de son legs," et ici peut-on nier qu'il soit question d'une créance et non d'un droit de propriété actuel ? D'ailleurs cette distinction s'applique à tous les contrats qui sont translatifs de propriété, à la donation (art. 777) comme à la vente (art. 1474) (*a*), et à mes yeux elle s'impose en matière de saisine testamentaire. J'en tirerai une conséquence importante quant aux fruits et revenus de la chose léguée.

Le point de départ de la saisine du légataire est, en général,

---

(*a*) Voy. aussi l'article 1026 qui dit que " si la chose qui doit être " livrée est incertaine ou indéterminée, le créancier n'en devient pro- " priétaire que lorsqu'elle est devenue certaine et déterminée, et qu'il en " a été légalement notifié."

la mort du testateur. Cependant, comme le dit du reste l'article 891, si le legs est suspendu par une condition, la saisine du légataire ne compte que de l'avènement de cette condition. Dans l'intervalle entre la mort du testateur et l'accomplissement de la condition suspensive, l'héritier légal sera saisi des biens légués sous la condition résolutoire de l'arrivée de l'événement qui donne effet au legs (*a*).

Il est à peu près inutile de citer les arrêts où il a été question de l'article 891, surtout ceux qui sont antérieurs au code, et qui font voir que les codificateurs ont eu raison de présenter notre article comme réglant un point douteux. Je puis cependant rapporter deux décisions, qui, il est vrai, ne font que donner effet à la règle que j'ai commentée.

Ainsi, dans la cause d'*Archambault* v. *Viger* (18 R. L., p. 349), le juge Mathieu a jugé que la propriété d'une chose certaine et déterminée, léguée à titre particulier, passe directement du testateur au légataire particulier, et que le légataire universel, pas plus que le curateur à la succession vacante, n'ont aucun droit sur cette chose.

Dans la cause de *Massé* v. *Lainé* (R. J. Q., 2 C. S., p. 269), le juge Cimon a décidé que le légataire universel peut être assigné par un créancier du testateur, dès le lendemain du décès de ce dernier, mais que le légataire peut faire suspendre, par exception dilatoire, durant les délais pour faire inventaire et délibérer, l'action du créancier laquelle, si le légataire accepte sous bénéfice d'inventaire, se continuera contre lui en cette nouvelle qualité. Cette décision ne fait que l'application de règles bien connues.

Nous allons maintenant étudier deux questions qui se rattachent à cette matière de la saisine des légataires.

II. Jouissance des fruits et revenus—Et d'abord, à compter de quelle époque le légataire a-t-il droit aux fruits de la chose ou aux intérêts des sommes léguées ?

Pothier, exposant la doctrine de l'ancien droit, disait que le légataire ne pouvait prétendre que les fruits échus depuis la demande en délivrance du legs, car, disait-il, quoique le légataire soit fait propriétaire de la chose léguée dès l'instant de la mort du testateur, l'héritier, qui ignore si le légataire acceptera le legs, est juste possesseur de cette chose jusqu'au temps de

---

(*a*) C'est ce que j'ai dit, *supra*, p. 261, en expliquant l'art. 838.

cette demande, et a droit en cette qualité d'en percevoir les fruits (*a*).

Dans le droit français moderne, on ne discute la question que quant aux légataires qui n'ont pas la saisine. Ainsi, le légataire universel est-il en concours avec des héritiers réservataires, lesquels seuls ont la saisine : le légataire universel aura droit aux fruits à compter de la mort du testateur s'il forme sa demande en délivrance de legs dans l'année depuis cette époque, sinon sa jouissance ne commence que du jour de la demande formée en justice, ou du jour que la délivrance en aura été volontairement consentie (art. 1005 C. N.). On applique cette règle au légataire à titre universel, lequel n'est pas non plus saisi, mais cette solution est contestée par bon nombre d'auteurs (*b*). Enfin, dans le cas du légataire particulier, l'article 1014 du code Napoléon, après avoir dit que tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause, ajoute que le légataire particulier ne pourra se mettre en possession de la chose léguée, ni en prétendre les fruits ou intérêts, qu'à compter du jour de sa demande en délivrance, formée suivant l'ordre établi par l'article 1011 (*c*), ou du jour auquel cette délivrance lui aurait été volontairement consentie. Toutefois, dans deux cas exceptionnels, les fruits ou intérêts courent de plein droit au profit du légataire particulier, du jour du décès, et sans qu'il ait formé sa demande en justice : 1° lorsque le testateur a expressément déclaré sa volonté, à cet égard, dans le testament ; 2° lorsqu'une rente viagère ou une pension a été léguée à titre d'aliments (art. 1015 C. N.).

Donc, dans le droit français moderne, le légataire universel saisi acquiert, de plein droit et sans condition, les fruits et les intérêts du jour du décès du testateur. Le légataire universel non saisi y a droit, également du décès du testateur, mais à la condition de former sa demande en délivrance dans l'année, et il en est de même, suivant une opinion qui me paraît autorisée, du légataire à titre universel. Enfin, le légataire particulier n'a droit aux fruits et intérêts qu'à compter

(*a*) *Donations testamentaires*, n° 276.

(*b*) Voy. Demolombe, t. 21, n°s 595 et suiv.

(*c*) Cet article indique les personnes à qui délivrance doit être demandée, et l'ordre dans lequel elles sont appelées à l'effectuer. J'ai indiqué cet ordre *supra*, p. 338.

de sa demande en délivrance du legs ou de la délivrance volontairement consentie, sauf les deux cas exceptionnels que j'ai indiqués, où les fruits et intérêts sont dus de plein droit du jour du décès du testateur.

Il me reste maintenant à exposer la doctrine de notre droit à cet égard. Il est question des fruits et des intérêts dans l'article 871 que les codificateurs ont placé dans le premier paragraphe de cette section qui porte la rubrique *Des legs en général.* Cet article se lit ainsi qu'il suit :—

871. " Les fruits et intérêts de la chose léguée courent au " profit du légataire à compter du décès, lorsque le testateur " a expressément déclaré sa volonté à cet égard dans le testa- " ment.

" La rente viagère ou pension léguée à titre d'aliments " court également du jour du décès.

" Dans les autres cas les fruits et intérêts ne courent que " de la demande en justice ou de la mise en demeure " (*a*).

Quelle est la portée de cet article ? Et d'abord, s'applique-t-il à tous les legs, aux legs universels ou à titre universel comme aux legs particuliers ?

La raison de douter, c'est que l'article 871, comme je l'ai dit, a été placé dans le premier paragraphe de cette section qui porte la rubrique *Des legs en général.* Ajoutons que, dans l'ancien droit, le légataire à quelque titre que ce fût, n'avait droit aux fruits qu'à compter de la demande en délivrance de legs (*b*).

Je n'attache pas d'importance à l'endroit où les codificateurs ont placé cet article, car leur classification est manifestement

---

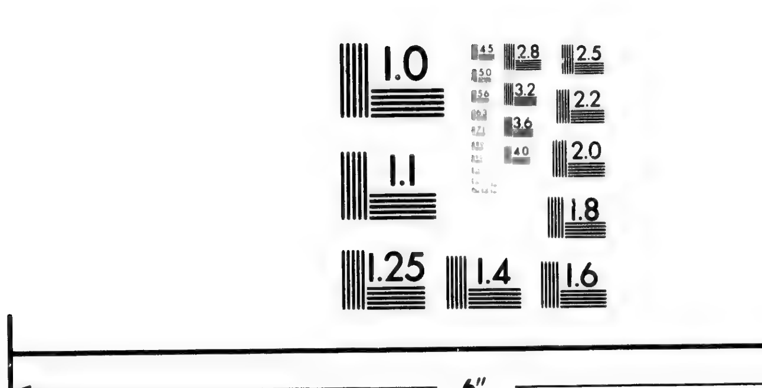
(*a*) Cet article a été proposé par les codificateurs dans leur rapport supplémentaire ; les derniers mots qu'il contient " ou de la mise en demeure " sont indiqués comme étant de droit nouveau. Dans leur rapport même sur ce titre, les commissaires avaient proposé un article (l'art. 139), qui portait que " les fruits et intérêts courent au profit du légataire, et sans " qu'il ait formé sa demande en justice, lorsque la possession de l'héritier " ou autre possesseur est de mauvaise foi." Ils ont cependant remplacé cet article par l'article 124*b* du projet amendé, qui était textuellement notre article 871, sauf les derniers mots que l'article 124*c* du projet ajoutait comme modification suggérée.

Les codificateurs expliquent (*Rapp.*, t. 3, p. 364) qu'ils ont fait ce changement " pour mieux s'accorder avec les vues adoptées sur les fruits et " la mise en demeure."

Les commissaires n'indiquent pas la source de l'article 871, mais il est facile de voir qu'ils se sont inspirés de l'article 1015 du code Napoléon.

(*b*) Voy. Pothier, *Donations testamentaires*, nos 276 et suiv. Il ne distingue pas un legs de l'autre.

IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)




2.8
2.5
3.2
2.2
2.0
1.8
1.0

défectueuse. Ainsi, les articles 865 et 868, où il est question des effets de la caducité des legs, auraient dû se trouver à la section V de ce chapitre, et, quant à l'article 868, qui traite du droit d'accroissement, qui également devait se placer dans la section V, je l'ai limité au seul cas du legs particulier (*a*). Il ne reste donc que l'argument tiré de la doctrine de l'ancien droit à l'égard des fruits et intérêts.

Or, l'ancien droit a été profondément modifié, en cette province, par la législation sur les testaments de 1774 et 1801. Notre code a tiré, du principe consacré par cette législation, la conséquence que " le légataire à quelque titre que ce soit " est par le décès du testateur ou par l'événement qui donne " effet au legs, saisi du droit à la chose léguée dans l'état où " elle se trouve, et des accessoires nécessaires qui en forment " partie...... sans être obligé d'obtenir la délivrance légale " (art. 891). Donc, tout légataire est saisi, par le décès du testateur ou l'avènement de la condition, de la chose léguée, c'est ce que le législateur entend dire par les mots " du droit à la " chose léguée," dans l'état où elle se trouve, *et des accessoires nécessaires qui en forment partie*, sans être obligé d'obtenir la délivrance légale (*b*). Je crois, partant, que nous sommes en présence d'un droit nouveau, et que, s'il y a contradiction entre les articles 871 et 891, c'est ce dernier article qui doit prévaloir.

Il me sera facile donc de préciser la portée de l'article 871. J'ai dit, *supra*, p. 340, que le légataire n'a la saisine que si on lui a légué une chose déterminée, un corps certain. S'il s'agit d'une chose non déterminée individuellement, comme tant de minots de blé, telle somme d'argent, il n'est que créancier de la chose qui fait l'objet du legs, il n'est pas propriétaire du blé ou de la somme d'argent, et ne le deviendra que par le paiement.

Appliquons cette théorie à la jouissance des fruits, en nou rappelant que les fruits naturels ou industriels de la terre, les fruits civils, le croît des animaux, appartiennent au propriétaire par droit d'accession (art. 409). Lorsque le legs est d'un corps certain, le légataire devient propriétaire et possesseur de droit de cette chose dès le décès du testateur, puisque la loi

(*a*) *Supra*, p. 332.

(*b*) Dans l'ancien droit l'héritier du sang avait la saisine dans tous les cas, et il pouvait percevoir les fruits de la chose dont la loi elle-même le constituait le possesseur. Cette raison manque aujourd'hui.

lui en accorde la saisine. Les fruits de cette chose lui appartiennent donc de ce moment, et je conclus que l'article 871 est sans application dans ce cas. Il ne saurait du reste en être question lorsqu'il s'agit d'un légataire universel, car ce légataire a la saisine pleine et entière, c'est un héritier institué, et il n'y a pas besoin que le testateur, qui lui a donné tout son patrimoine, distraction faite des autres legs, lui accorde expressément les fruits des choses qui sont devenues sa propriété. Personne ne saurait lui disputer ces fruits, et il ne pourrait être question de demande en justice de sa part ou d'une mise en demeure, laquelle, d'ailleurs, ne s'adresserait qu'à un usurpateur. Pour des raisons analogues, et aussi parce que le legs à titre universel porte nécessairement sur une universalité déterminée, j'écarterais l'article 871 dans le cas du légataire à titre universel.

Reste le legs à titre particulier, et ici encore je déciderais que, s'il s'agit d'une chose déterminée, le légataire aura droit aux fruits, dès le moment du décès du testateur, comme conséquence de son droit de propriété et de la saisine que la loi lui confère. L'article 871 ne s'applique donc qu'au legs d'une chose non déterminée individuellement (*a*).

Il suffit de lire d'une manière attentive les termes de cet article pour s'en convaincre. Sauf les deux exceptions précisées, les fruits et intérêts ne sont dus, dit-il, " que de la demande en justice ou de la mise en demeure." Or, la demande en justice ou la mise en demeure suppose nécessairement l'existence d'une créance, car l'action en délivrance de legs est abolie. Je crois que cette remarque fixe au delà de tout doute la portée de notre article, et cette interprétation a de plus l'avantage de concilier ce texte et celui de l'article 891 qui autrement seraient inconciliables.

Ainsi entendu, l'article 871 n'a guère besoin d'explication. Le légataire d'une chose non déterminée individuellement ne peut donc, en principe, réclamer les fruits échus dans l'inter-

---

(*a*) Je n'attache pas d'importance au fait que les codificateurs avaient d'abord rédigé un article (l'art. 139 du projet), qui accordait au légataire les fruits et revenus à compter du décès du testateur, et qu'ils ont remplacé cette disposition par notre article 891 (voy. *supra*, p. 343, note *a*), car la portée de ce dernier article me paraît se restreindre aux legs de choses non déterminées, et, aux termes mêmes de l'article 139, le légataire n'acquérait les fruits et revenus que lorsque l'héritier ou autre possesseur était de mauvaise foi. D'ailleurs l'article 139 du projet ne me semble pas énoncer d'une manière bien exacte la doctrine de l'ancien droit. Voy. Pothier, cité *supra*, p. 341.

valle qui sépare le décès du testateur du paiement du legs. Pour qu'il y ait droit, exceptionnellement, il faut :

1° Que le testateur ait exprimé dans le testament sa volonté à cet égard d'une manière formelle ou autrement suffisante. Dans ce cas les fruits et intérêts font partie du legs ;

2° Que le legs soit une rente viagère ou pension léguée à titre d'aliments. Le besoin du légataire est alors une raison de ne point retarder le versement de ces sommes qui lui sont données pour vivre.

Sauf ces cas, les fruits et revenus ne courent que de la demande en justice.

Il y a une décision dans une cause de *Torrance* v. *Torrance* (M. C. R., p. 115), à l'effet que l'intérêt sur un legs particulier ne court que de la demande en justice, mais dans l'espèce le legs était d'une somme d'argent et d'ailleurs cet arrêt est antérieur au code civil.

Naturellement, il peut arriver que l'héritier du sang se soit mis de bonne foi en possession de l'hérédité, et qu'il en gagne les fruits à cause de cette bonne foi. Ce ne serait alors que l'application de l'article 411.

III. Paiements faits à l'héritier apparent ou au légataire qui est en possession de la succession.—Je citerai ici l'article 870, que les codificateurs ont placé dans le paragraphe 1er de cette section, pour la raison qu'il y est question de l'effet de la saisine apparente ou présumée. Cet article se lit ainsi qu'il suit :—

870. " Le paiement fait de bonne foi à l'héritier apparent ou " au légataire qui est en possession de la succession, est vali- " dement fait à l'encontre des héritiers ou légataires qui se " présentent plus tard, sauf le recours de ceux-ci contre celui " qui a reçu sans y avoir droit " (*a*).

Ce n'est là que la conséquence du principe que l'article 1145 consacre en ces termes :

" Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession " de la créance est valable, encore que subséquemment il soit " établi qu'il n'est pas le véritable créancier " (*b*).

Le possesseur de la créance, c'est celui qui *possède*, au moins

(*a*) Cet article ne se trouve pas dans le code Napoléon, mais comme ce n'est que la conséquence de notre article 1145 qui correspond à l'article 1240 du code Napoléon, on peut dire que le droit français ne diffère pas du nôtre. Du reste, le principe de notre article 870 est formellement enseigné en France. Voy. M. Huc, t. 5, n° 272 ; t. 8, n° 23.

(*b*) Cet article est au même effet que l'article 1240 C. N.

en apparence, la qualité à laquelle est attaché le droit d'exercer et faire valoir la créance elle-même.

J'ai dit, dans mon tome 1er, pp. 314 et suiv., que les actes de *disposition* faits par un héritier apparent sont nuls à l'égard de l'héritier véritable qui vient plus tard réclamer l'hérédité. Je crois que cette décision s'impose et c'est celle de la plupart des auteurs, malgré qu'il y ait bon nombre de dissidents et que la jurisprudence française soit en sens contraire (*a*). Cependant quand il ne s'agit que de la quittance d'une créance que le débiteur a de bonne foi payée à l'héritier ou légataire apparent, les mêmes motifs ne peuvent être invoqués. Le débiteur a le droit de payer et il doit pouvoir le faire valablement entre les mains de celui que tout indique comme étant le véritable créancier. D'ailleurs, le véritable créancier n'est pas exempt de reproche, car il a laissé usurper sa place par un étranger qui pouvait en abuser au détriment des tiers (*b*). Ce sont ces raisons qui ont fait maintenir la validité du paiement effectué entre les mains de l'héritier apparent.

Par *paiement*, dit M. Huc (t. 5, nº 272), on doit entendre toute prestation destinée à libérer d'une dette celui de qui elle émane, et non pas seulement le paiement d'une somme d'argent. On enseigne également que le débiteur ne peut contester le droit d'agir à celui qui est en possession paisible de l'hérédité. Mais on limite en France l'application de l'article 1240 du code Napoléon aux actions personnelles relatives à un droit de créance, et on refuse de l'étendre aux actions réelles (même auteur, nº 273).

Mais que faut-il entendre par héritier ou légataire apparent ? On peut indiquer celui qui a recueilli la succession comme le plus proche parent du défunt, l'héritier présomptif étant en état d'absence (art. 105), tout parent du défunt qui a pris possession de sa succession comme héritier, le successeur irrégulier envoyé en possession (*c*) alors qu'il existait des héritiers du sang, enfin celui qui est entré en possession de l'hérédité en vertu d'un testament qui avait été révoqué.

(*a*) Toute la question est discutée par M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, t. 1er, nos 1233 et suiv., et par M. Huc, t. 5, nos 270 et suiv. Ils prononcent tous deux la nullité de ces actes.

(*b*) Comp. M. Huc, t. 8, nº 23.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie reconnaît cette qualité même au successeur irrégulier qui s'est mis en possession sans l'intervention du tribunal (*Successions*, nº 1255). Cette opinion est cependant contestée.

Mais on conteste cette qualité à celui qui s'empare des biens du défunt en vertu d'un testament faux ou nul quant à la forme, parce que dans ces deux cas le tiers a été coupable de négligence (*a*).

§ 3.—*Du legs universel et à titre universel.*

Dans l'ancien droit on ne distinguait pas le legs universel du legs à titre universel. Il n'y avait que deux espèces de legs, le *legs universel* et le *legs particulier*. " On appelle legs universel," disait Pothier (*b*), " le legs de l'universalité de ses " biens, *ou d'une quotité*, comme lorsqu'on lègue le tiers, le " quart, le vingtième de ses biens " (*c*). On donnait indifféremment le nom de *legs universel* ou de *legs à titre universel* à tout legs qui avait pour objet une universalité de biens, en tout ou en partie (*d*).

La distinction du legs universel et du legs à titre universel a été faite pour la première fois par le code Napoléon, mais le projet du titre *Des donations entre vifs et des testaments*, dans le code français, avait suivi l'ancienne classification, et ce n'est que lorsqu'on décida plus tard que le légataire universel aurait la saisine, que l'on fit la subdivision du legs d'universalité en legs universel et en legs à titre universel (*e*).

Notre code a adopté la classification du code Napoléon quant aux donations entrevifs comme quant aux donations testamentaires. En effet, bien que tous les légataires aient la saisine dans notre droit, il convenait de distinguer le legs universel du legs à titre universel, à cause des conséquences différentes qu'ils entraînent, notamment au sujet de la responsabilité des dettes du testateur.

I. De la nature du legs universel et du legs à titre universel.— L'article 873 définit comme il suit ces deux espèces de legs :

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, nos 1247 et suiv.

(*b*) *Donations testamentaires*, éd. Bugnet, t. 8, no 64.

(*c*) On divisait de la même manière les donations entre vifs. Pothier ne reconnaissait pas d'autres donations que les donations universelles et les donations particulières. La première catégorie comprenait la donation de tous les biens du donateur comme celle d'une quotité de biens. *Donations entre vifs*, no 139.

(*d*) Comp. Demolombe, t. 21, no 575.

(*e*) Demolombe, *loc. cit. supra.*

873. " Le legs universel est la disposition testamentaire par " laquelle le testateur donne à une ou à plusieurs personnes " l'universalité des biens qu'il laissera à son décès.

" Le legs est seulement à titre universel lorsque le testateur " lègue une quote-part de ses biens, comme la moitié, le tiers, " ou une universalité de biens, comme l'universalité de ses " meubles ou immeubles, ou encore l'universalité des propres " exclus de la communauté matrimoniale, ou une quote-part " de telles universalités.

" Tout autre legs n'est qu'à titre particulier.

" L'exception de choses particulières, quels qu'en soient le " nombre et la valeur, n'enlève pas son caractère au legs uni- " versel ou à titre universel " (*a*).

On le voit, il n'est pas nécessaire que le légataire universel obtienne tous les biens du testateur, ou que le légataire à titre universel reçoive effectivement en entier l'universalité qui lui est léguée à titre universel. Il faut que l'un et l'autre aient vocation au tout, qu'ils puissent éventuellement recueillir ce tout, au cas de caducité des legs particuliers, et ils ne sont pas moins appelés au tout, pour la raison que le testateur aurait distrait de ce tout des choses particulières, quels qu'en soient, dit le code, le nombre et la valeur. Il se peut que l'émolument du légataire universel ou à titre universel soit très restreint, mais son titre, considéré en lui-même, ne l'est pas.

A l'inverse, ne serait pas légataire universel ou à titre uni-

---

(*a*) Le premier alinéa de notre article est la copie textuelle de l'article 1003 du code Napoléon.

Le second alinéa ressemble au premier alinéa de l'article 1010 du code français, sauf qu'il énumère en plus l'universalité des propres exclus de la communauté matrimoniale. Il y a en outre une différence de rédaction sur laquelle j'aurai à revenir plus loin, en ce que notre code dit que le legs à titre universel est la disposition d'une quotité ou d'une universalité de biens, et il n'indique l'universalité des meubles, des immeubles ou des propres qu'à titre d'exemples. Au contraire, le premier alinéa de l'article 1010 C. N., porte que ce legs est celui par lequel le testateur lègue une quote-part de ses biens " telle qu'une moitié, un tiers, ou tous ses " immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeu- " bles ou de tout son mobilier." Toutefois je crois que, dans le droit français comme dans notre droit, le legs d'une universalité en sous-ordre est un legs à titre universel. Comp. Demolombe, nº 582.

Le troisième alinéa de notre article est au même effet que le deuxième alinéa de l'art. 1010 C. N.

Enfin, le quatrième alinéa de l'article 873 ne se trouve pas au code Napoléon, mais le principe qu'il énonce ne souffre aucun doute en France. Voy. Demolombe, nº 585.

versel celui à qui le testateur léguerait tous ses biens, comme biens individuellement déterminés, *sigillatim*, ou à qui il laisserait tous ses immeubles, en les énumérant l'un après l'autre et non comme un ensemble. Pour qu'il ait cette qualité, il faut que ces biens lui soient légués *per modum universalitis ;* c'est parce qu'il est légataire de l'*universalité* et que la caducité des legs distraits du sien doit lui profiter, qu'on lui donne le nom de légataire universel ou à titre universel. Sa vocation à l'universalité est le point capital, l'émolument que cette vocation lui procure n'est que secondaire.

II. Différences entre le legs universel et le legs à titre universel.— Il n'y a guère de difficulté à reconnaître un legs universel. Son caractère étant de donner vocation du moins éventuelle à tous les biens du testateur, on n'est guère exposé à le confondre avec un legs à titre universel ou avec un legs particulier. Il n'en est pas de même du legs à titre universel ; ce legs, quant aux biens sur lesquels il porte, est plus rapproché du legs particulier que du legs universel, bien qu'il soit une subdivision de celui-ci, et cela d'autant plus qu'à proprement parler il n'y a que le legs qui donne vocation à tous les biens du testateur qui soit vraiment un legs universel. En d'autres termes, le patrimoine seul, c'est-à-dire l'ensemble des biens d'une personne, constitue une véritable universalité. Mais les vieux auteurs avaient imaginé des universalités en sous-ordre auxquelles Pothier (*a*) donnait le nom de *genera subalterna ;* c'était l'universalité des biens de chaque espèce. Ces universalités avaient chacune leur actif et leur passif, et elles formaient réunies la grande et seule véritable universalité, le patrimoine.

Cette subdivision de l'universalité qu'on a critiquée en France (*b*), car le code Napoléon ainsi que le nôtre ne considèrent plus l'origine ni la nature des biens pour en régler la succession (*c*), a cependant été accueillie par le législateur. Elle a entraîné la subdivision du legs universel, selon qu'il porte sur l'une ou sur l'autre de ces universalités. Il importe donc de faire bien saisir cette distinction qui, au point de vue pratique, est d'une importance capitale.

J'ai défini le legs universel ainsi que le legs à titre universel, et cette définition fait bien voir en quoi ils diffèrent.

(*a*) *Donations testamentaires*, n° 65.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 596.

(*c*) Voy. notre article 599 et l'article 732 du code Napoléon.

Le legs universel étant une vocation à l'universalité des biens du testateur, quels que soient le nombre et la valeur des choses qui en sont distraites, il s'ensuit que sont universels :

1° Le legs par lequel le testateur institue quelqu'un son héritier ou son légataire, sans aucune restriction ;

2° Le legs de tous les meubles et de tous les immeubles ; ce legs comprend nécessairement tous les biens du testateur, car tous les biens tant corporels qu'incorporels, sont meubles ou immeubles (art. 374) ;

3° Le legs de la nue propriété de tous les biens ; il y a là, en effet, vocation à tous les biens laissés par le testateur, car l'usufruit étant un droit temporaire, finira par s'éteindre (*a*) ;

4° Le legs que fait le testateur *du surplus de ses biens*, après qu'il a fait d'autres dispositions. Le légataire qu'on appelle en anglais *residuary legatee*, est donc universel.

Il ne peut y avoir de difficulté lorsque ce sont des legs à titre particulier qui précèdent le legs universel, car notre article dit expressément que " l'exception de *choses particu-* " *lières*, quels qu'en soient le nombre et la valeur, n'enlève pas " son caractère au legs universel ou à titre universel." Ainsi le testateur a dit : Je lègue ma maison de ville à Pierre, ma maison de campagne à Paul, et je donne le surplus de mes biens à Jacques. Jacques sera le légataire universel, encore que le testateur, comme c'est l'usage, ne lui eût pas donné cette qualité, et il profitera de la caducité des legs particuliers. Dans ce cas, l'universalité n'a pas été fractionnée par les legs à titre particulier.

Mais la question devient très controversée du moment que le legs du résidu suit des legs à titre universel. Ainsi le testateur dit : Je lègue le tiers de mes biens à Pierre et le surplus à Paul. Paul est-il légataire universel ?

La plupart des auteurs lui refusent cette qualité. La signification du mot " surplus," dit-on, est corrélative à la nature du legs qui le précède et y est subordonnée. Or le legs qui précède la disposition quant au surplus est un legs de quotité qui a fractionné l'universalité. Il s'ensuit que le surplus des biens s'entend de l'autre quotité corrélative qui reste de cette universalité. Le legs du surplus est donc à titre universel. Toutefois, on admet que si testateur avait dit, après avoir légué le tiers de ses biens à Pierre : je lègue le surplus

(*a*) J'aurai à expliquer plus loin la nature du legs d'usufruit de tous les biens du testateur.

de mes biens à Paul *que j'institue mon légataire universel*, il n'y aurait qu'à reconnaître à Paul la qualité que le testateur lui avait expressément accordée (*a*).

Je crois que cette opinion doit être suivie dans notre droit, d'autant plus que l'article 873 n'attribue qu'au legs *de choses particulières* l'effet de ne point enlever son caractère au legs universel.

Quant aux legs à titre universel, il faut remarquer que, comme le legs universel, il porte sur une universalité ; cependant, ce n'est pas une universalité proprement dite, c'est une universalité en sous-ordre. On est unanime à décider en France que l'article 1010 du code Napoléon, qui énumère les dispositions qui ont le caractère de legs universel, doit recevoir l'interprétation restrictive, et qu'on ne saurait voir un legs à titre universel dans le legs d'autres universalités qui n'y sont pas mentionnées (*b*). Cela ressort des termes mêmes de cet article qui, après cette énumération, ajoute que " tout autre " legs ne forme qu'une disposition à titre particulier."

J'ai déjà signalé une différence de rédaction dans notre article 873, alinéa 2, qui dit que le legs est à titre universel, " lorsque le testateur lègue une quote-part de ses biens, comme " la moitié, le tiers, *ou une universalité de biens*, COMME " *l'universalité de ses meubles ou immeubles, ou encore l'uni-* " *versalité des propres exclus de la communauté matrimoniale,* " *ou une quote-part de telles universalités.*" Le législateur semble reconnaître le caractère de legs à titre universel au legs *d'une universalité de biens*, et ne faire l'énumération de ces universalités qu'à titre d'exemple. Il est vrai que notre code ajoute comme le code Napoléon que " tout autre legs n'est qu'à titre particulier," mais cette disposition ne me paraît pas affecter la généralité des termes qui précèdent.

On remarquera qu'il est question ici d'une universalité que ne mentionne pas l'article 1003 du code Napoléon, *l'universalité des propres exclus de la communauté matrimoniale ;* ce legs, qui serait particulier en France, est à titre universel dans notre droit.

Mais peut-on aller plus loin et reconnaître le caractère de legs universel au legs d'autres universalités ?

Pothier (nº 65) disait que le legs *d'une certaine espèce de*

(*a*) Demolombe, nº 543 ; *contra*, M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, nº 580.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, t. 2, nº 2391.

biens, soit pour le total, soit pour une quotité, est à titre universel, " comme lorsque le testateur lègue à quelqu'un ses " biens meubles, ou le tiers ou le quart de ses biens meubles, " ou *ses acquêts* ou le quint des propres ou des propres d'une " telle ligne " (*a*).

Mais il ajoutait (nº 66) " que si quelqu'un avait légué tous " ses biens de campagne ou tous ses biens de ville, ou tous ses " bois, etc., ces legs ne seraient pas des legs universels ; car " les biens de campagne ou les biens de ville sont une *espèce* " *de choses* plutôt qu'une *espèce de biens*. La division des " biens est en biens meubles, ou biens immeubles, en acquêts " et propres d'une telle ligne, et propres d'une telle autre " ligne (*b*) ; mais on n'a jamais divisé les biens, *bona*, en biens " de ville ou biens de campagne."

Je crois que cette citation fixe l'interprétation de l'alinéa 2 de l'article 873. Pour que le legs soit à titre universel, il faut qu'il porte sur une universalité de *biens* et non sur une universalité de *choses*. La seule division des *biens* est en *meubles* et *immeubles* (art. 374). Notre code a aboli les autres divisions de l'ancien droit, surtout en matière de successions (art. 599). Je crois, étant donnée cette abrogation, que les codificateurs ont manqué de logique en reconnaissant, comme une *universalité de biens*, l'universalité des *propres* exclus de la communauté conjugale. Peut-être pourrait-on étendre cette disposition de manière à y inclure les conquêts de communauté (*c*), mais j'avoue que cette extension d'une disposition illogique me paraîtrait assez risquée. Il est manifeste, cependant, qu'on ne saurait aller plus loin et sortir des termes de notre article.

Cette dissertation fait voir quels legs sont à titre universel. Comme je l'ai dit, il ne faut pas envisager l'*émolument*, mais le *titre*, la *vocation* du légataire. Ainsi, un legs des immeubles ruraux du testateur ne serait pas moins un legs particulier par la circonstance que le testateur n'aurait laissé que des immeubles de cette nature, car le légataire n'est pas, par son titre, appelé à recueillir tous les immeubles, et si le testateur avait

---

(*a*) On se rappellera que les quatre-quints des propres étaient réservés aux héritiers du sang.

(*b*) Nous n'avons plus de propres de ligne. Voy. l'art. 599.

(*c*) Avec le consentement de son conjoint, l'époux peut léguer tous les biens de la communauté. Voy. l'article 1293 et l'arrêt de la cour d'appel dans la cause de *Roy & Gagnon* (3 L. C. R., p. 145).

acquis des immeubles urbains, le légataire n'y aurait eu aucun droit (*a*).

Mais le legs de l'usufruit de tous les biens du testateur ou de l'usufruit d'une quotité de ces biens, est-il, suivant le cas, un legs universel ou à titre universel ?

Nous avons vu qu'on reconnaît l'universalité du legs de la nue propriété de tous les biens du testateur (*b*). D'un autre côté, on paraît unanime à enseigner que le legs d'usufruit ne saurait jamais constituer un legs universel, puisqu'il laisse en dehors la nue propriété de tous les biens, c'est-à-dire l'universalité elle-même tout entière (*c*).

Mais on se divise lorsqu'il s'agit de savoir s'il peut exister un legs à titre universel d'usufruit ?

Pour l'affirmative, on cite les termes des articles 610 du code Napoléon et 942 du code de procédure civile français, qui appellent *légataire universel d'usufruit* celui auquel l'usufruit de tous les biens a été légué, et *légataire à titre universel* celui auquel a été légué l'usufruit d'une quote-part des biens. Nous n'avons pas de disposition analogue à l'article 942 du code de procédure civile français. Mais nos articles 472 et 474 au titre *De l'usufruit* reproduisent ces termes, et, de plus, l'article 876, dans ce paragraphe, parle de l'obligation personnelle des dettes du testateur qui pèse sur " le légataire de " l'usufruit donné comme legs universel ou à titre universel," ce qui fournirait un argument additionnel aux partisans de l'affirmative dans notre droit, car l'article 876 n'existe pas dans le code Napoléon (*d*).

Pour la négative, on dit que le legs universel a pour objet soit une quote-part des biens, soit tous les meubles ou tous les immeubles, ou une quotité des uns ou des autres. Or, le legs de l'usufruit de tous les biens n'a pas pour objet une quote-part de l'universalité, car on ne pourrait dire quelle serait cette quote-part, et ce legs n'a pas non plus pour objet les meubles ni les immeubles, considérés comme des universalités en sous-ordre. Du reste le legs d'usufruit, bien qu'il pèse sur l'universalité tout entière, ne l'entame dans aucune de ses fractions, et on ne peut regarder comme un légataire à titre

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, nº 597.

(*b*) *Supra*, p. 351.

(*c*) Demolombe, nº 539.

(*d*) On trouvera l'énumération des auteurs qui embrassent cette opinion dans Sirey et Gilbert sur l'article 1010 C. N., nº 3.

universel celui qui n'acquiert aucune fraction de l'universalité des biens (*a*).

Je crois que les raisons que l'on invoque pour cette opinion sont irréfutables. Le fait que le code parle du légataire universel ou à titre universel d'usufruit, ne suffit pas à mes yeux pour qu'on reconnaisse au légataire d'usufruit une qualité qui serait contre l'essence même du legs universel ou à titre universel (*b*).

III. Effets du legs universel et du legs à titre universel.—Il ne sera pas question ici de la saisine du légataire universel ou à titre universel. J'ai expliqué cette saisine et les effets qu'elle entraîne *supra*, pp. 336 et suiv. Le législateur ne s'occupe, dans ce paragraphe, que de l'acceptation et de la répudiation des legs, ainsi que de la responsabilité du légataire universel ou à titre universel pour les dettes du testateur. Je n'en dirai qu'un mot, pour la raison que j'ai expliqué la doctrine de notre droit sur ces questions dans les volumes qui précèdent.

1° *Acceptation et répudiation du legs.*—Comme le dit l'article 866, cité plus haut (*c*), le legs peut toujours être répudié par le légataire tant qu'il ne l'a pas accepté, et cette acceptation peut être formelle ou présumée. La présomption d'acceptation s'établit par les mêmes actes que dans la succession *ab intestat*. Le droit d'accepter le legs non répudié passe aux héritiers ou autres représentants légaux du légataire, de même que les droits successifs qui découlent de la loi seule (*d*).

Mais le code, pour écarter un doute, qui, à la vérité n'existe pas, ajoute dans l'article 874 que " le légataire a les mêmes " délais que l'héritier pour faire inventaire et pour délibérer. " S'il n'a pas pris qualité dans les délais et s'il est ensuite poursuivi à cause des dettes et charges qui incombent à son legs, " sa renonciation ne l'exempte pas des frais non plus que " l'héritier " (*e*).

(*a*) Voy. les auteurs cités par Sirey et Gilbert, sur l'art. 1010, n° 4. *Junge* MM. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 597 et Huc, t. 6, n° 330. C'est la solution de la plupart des auteurs, mais la cour de cassation tient pour l'opinion contraire.

(*b*) C'est l'opinion que j'énonce dans mon tome 2, p. 616, où Mourlon admet dans son texte un système qu'il semble critiquer dans une note.

(*c*) *Supra*, p. 320.

(*d*) Toutes ces questions ont été expliquées au titre *Des successions*.

(*e*) Cet article n'existe pas dans le code Napoléon.

Je ne puis que renvoyer ici à mon tome 3, pp. 433 et suiv.

2° *Responsabilité du légataire pour les dettes du testateur.* —Le légataire universel étant assimilé à l'héritier, étant, comme lui, le représentant du défunt et le continuateur de sa personne juridique, il s'ensuit que sa responsabilité est illimitée et qu'il est tenu des dettes du testateur *ultra vires bonorum.* Le légataire à titre universel ne reçoit qu'une quotité des biens et n'est tenu que d'une quotité correspondante des dettes, mais sa responsabilité pour cette quotité est également illimitée. Toutes ces questions ont été traitées au long en mon tome 3, pp. 575 et suivantes. L'article 875 renvoie du reste à ces dispositions en ces termes :

875. " La manière dont le légataire, tant universel ou à " titre universel qu'à titre particulier, est tenu des dettes et " hypothèques, se trouve exposée au titre *Des successions*, et " aussi à certains égards en la section présente, et au titre *De* " *l'usufruit.*"

Si le legs donné comme legs universel ou à titre universel n'est que de l'usufruit, le légataire est encore responsable personnellement des dettes vis-à-vis du créancier, mais entre lui et le nu propriétaire la responsabilité se divise tel que porté à l'article 474 que j'ai expliqué en mon tome 2, p. 619.

C'est ce que dit notre article 876 dont voici le texte :

876. " Le légataire de l'usufruit donné comme legs universel " ou à titre universel est tenu personnellement envers le " créancier des dettes de la succession, même des capitaux, en " proportion de ce qu'il reçoit, et aussi hypothécairement pour " tout ce qui affecte les immeubles tombés dans son lot, le " tout comme tout autre légataire aux mêmes titres et sauf les " mêmes recours. L'estimation se fait proportionnellement " entre lui et le nu propriétaire en la manière et d'après les " règles contenues en l'article 474 " (*a*).

J'ai expliqué cet article en mon tome 2, p. 621, et rapporté la jurisprudence qui s'y rattache.

Lorsqu'il y a plusieurs légataires universels ou lorsqu'un legs à titre universel est fait à plusieurs personnes conjointement, chaque légataire n'est responsable que de sa part de la dette (art. 736) (*b*).

(*a*) Cet article, conforme à l'ancien droit, n'existe pas dans le code Napoléon. Même on n'y admet la responsabilité personnelle de l'usufruitier que quant aux intérêts. Voy. Demolombe, t. 10, nos 523, 543 et 604.

(*b*) On trouvera l'explication de cet article en mon tome 3, pp. 582 et suiv.

Cependant cette division de la dette ne concerne que le créancier et le testateur même ne peut lui enlever ce recours, bien qu'il puisse l'augmenter au delà de la portion de la dette que la loi impose à chaque légataire. Mais entre les légataires, le testament peut établir une responsabilité inégale ou même imposer cette responsabilité à un ou à plusieurs des légataires exclusivement, à la décharge des autres. C'est la disposition de l'article 877 qui est en ces termes :

877. " Le testateur peut changer entre ses héritiers et léga-
" taires le mode et les proportions d'après lesquels la loi les
" rend responsables du paiement des dettes et des legs ; sans
" préjudice au droit des créanciers d'agir personnellement ou
" hypothécairement contre ceux qui sont en loi sujets au droit
" réclamé, et sauf le recours de ces derniers contre ceux que
" le testateur a chargés de l'obligation " (*a*).

Cette question paraît avoir été controversée dans l'ancien droit, car Ricard, 2e partie, no 18, que citent les codificateurs, enseignait que le testateur ne pouvait pas changer la proportion dans laquelle ses légataires doivent d'après la loi contribuer au paiement de ses dettes. Cependant le principe que notre article énonce ne pouvait souffrir de doute depuis la concession de la liberté illimitée de tester. Le testateur donne à qui il veut et impose à ses légataires les charges qu'il trouve bon. Cependant, il ne saurait affecter le recours de ses créanciers et l'article 877 met ce recours à l'abri de toutes dispositions du testament qui auraient l'effet de l'amoindrir.

Remarquons-le, toutefois, rien n'empêche que le testateur augmente ce recours. Ainsi il donne tous ses biens à Pierre et à Paul. La loi accorde au créancier un recours contre les deux légataires, chacun pour la moitié de la dette. Il importerait peu que le testateur eût imposé toute cette dette à Pierre, le créancier aura le droit d'en réclamer la moitié de Paul, sauf le recours de ce dernier contre son colégataire. Mais le créancier peut profiter de cette délégation et demander le paiement intégral de sa créance à Pierre qui en est chargé par le testament.

Je puis ajouter qu'il n'est pas nécessaire que le testateur se serve de termes formels pour charger un de ses légataires de toute une dette à la décharge des autres. Cette intention peut se manifester tacitement. Ainsi le testateur a légué ses immeubles à Pierre et ses meubles à Paul, puis il a légué une

(*a*) Cet article n'existe pas dans le code Napoléon.

maison à Jacques. Ce legs sera à la charge exclusive de Pierre, légataire à titre universel des immeubles. Ou bien, après avoir légué sa bibliothèque à Pierre, il lègue un livre de cette bibliothèque à Jacques, et il institue Paul son légataire universel. Le legs de Jacques sera à la charge de Pierre, légataire à titre particulier de la bibliothèque (*a*).

J'aurai à donner plus de développement à ces principes en parlant du legs particulier. Il me suffira de dire qu'en principe le légataire universel ou à titre universel peut être tenu d'une dette vis-à-vis du créancier et avoir un recours contre le légataire particulier (art. 884). J'aurai à parler plus loin du cas, qui offre quelque difficulté, du legs à titre particulier d'un immeuble hypothéqué pour une dette due soit par le testateur ou par un tiers (art. 889).

Tous ces cas particuliers sont des exceptions au principe qui veut que les légataires universels ou à titre universel soient tenus personnellement des dettes du testateur. C'est la conséquence de l'assimilation du légataire et de l'héritier.

Une autre conséquence de cette assimilation c'est que si le légataire universel ou à titre universel veut ne répondre de ces dettes que dans la mesure de son émolument, et conserver les créances qu'il peut avoir contre la succession du testateur, il doit, comme l'héritier, accepter sous bénéfice d'inventaire. C'est ce que porte en ces termes le premier alinéa de l'article 878 :

" Les légataires universels ou à titre universel ne peuvent, " après acceptation, se décharger personnellement des dettes " et legs qui leur sont imposés par la loi ou par le testament, " sans avoir obtenu le bénéfice d'inventaire ; ils sont à cet égard " et en tout ce qui concerne leur gestion, leur reddition de " compte et leur décharge, sujets aux mêmes règles que l'héri- " tier, ainsi qu'à l'enregistrement " (*b*).

(*a*) Comp. M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 600. Cet auteur fait remarquer que si l'intention du testateur de charger un de ses légataires d'une dette à la décharge des autres, peut n'être que tacite, elle doit être non équivoque. Elle ne résultera donc que de circonstances qui la feront nécessairement supposer. Ainsi le testateur lègue tous ses meubles à Pierre et une somme d'argent à Paul. Bien que le legs d'une somme d'argent soit un legs mobilier, on ne peut dire qu'elle fait partie de l'universalité mobilière, car le testateur lègue souvent des sommes d'argent, alors qu'il ne possède que des immeubles. Ce sont des charges de sa succession plutôt que des legs de choses définies. Il en serait autrement du legs d'objets mobiliers déterminés.

(*b*) Le second alinéa étend la même faculté au légataire particulier auquel le testament impose des dettes et charges dont l'étendue est incertaine ; je le rapporterai dans le paragraphe suivant.

Cette disposition est de droit nouveau. Avant le code les légataires universels ou à titre universel pouvaient toujours, même après acceptation, se décharger des dettes et legs qui leur étaient imposés par la loi ou par le testament, en rendant compte et remettant ce qu'ils avaient reçu, ou la pleine valeur, de la même manière et d'après les mêmes règles que l'héritier bénéficiaire (*a*), sans qu'il fût besoin de bénéfice d'inventaire (voy. l'art. 131 du projet de ce titre).

Les codificateurs expliquent que cette faculté d'abandon n'avait pas été abolie par les nouvelles lois sur les testaments, mais ils ont cru qu'il convenait d'obliger le légataire, tout comme l'héritier, à se mettre, dès avant son acceptation, dans la position du successeur bénéficiaire, s'il veut être admis plus tard à se libérer des dettes et charges. Leur proposition a été accueillie par la législature et elle était logique étant donnée l'assimilation du légataire à l'héritier. Il n'y a dans notre droit que les donataires entre vifs qui aient conservé la faculté d'abandon (voy. les articles 798, 826, 827 et 828).

Enfin, dernière conséquence de l'assimilation du légataire à l'héritier, les créanciers du testateur peuvent réclamer, contre les créanciers du légataire, la séparation du patrimoine du défunt de celui de son successeur. C'est la disposition de l'article 879 qui se lit ainsi qu'il suit :—

879. " Les créanciers d'une succession ont droit, contre le " légataire tenu de la dette, de même que contre l'héritier " pour la proportion à laquelle il est tenu, à la séparation des " patrimoines."

J'ai expliqué, en mon tome 3, pp. 595 et suiv., la nature et les effets de la séparation des patrimoines. Je n'ai pas à y revenir.

§ IV.—*Des legs à titre particulier.*

I. Définition.—Nous avons trouvé à l'article 873 une définition du legs à titre particulier. Après avoir expliqué ce qui constitue un legs universel ou à titre universel, cet article ajoute : " tout autre legs n'est qu'à titre particulier." Quoique négative dans la forme, cette définition est encore la meilleure qu'on puisse donner du legs particulier, car ce legs embrasse une infinité d'espèces diverses, et une définition positive n'était guère possible. Donc, tout legs qui ne renferme pas les

(*a*) L'héritier bénéficiaire n'a plus la faculté d'abandon dans notre droit.

conditions exigées d'une manière limitative pour l'existence du legs universel ou à titre universel, est un legs à titre particulier. Même certaines universalités, comme le legs d'une succession échue au testateur, qui sont des universalités de biens plutôt que de choses (*a*), ne constituent que des legs particuliers, mais ces legs sont régis par des règles spéciales, notamment quant à la responsabilité du légataire pour les dettes qui les grèvent.

II. De l'ouverture du legs particulier.—Le légataire à titre particulier, nous l'avons vu, a la saisine tout comme le légataire universel ou à titre universel. Il est donc saisi de la chose léguée dès la mort du testateur, sans être tenu d'en demander la délivrance légale (art. 891), et il peut la revendiquer contre tout détenteur, héritier ou légataire, lequel n'est à son égard qu'un usurpateur. Mais j'ai dit que cette saisine n'a lieu que lorsque le legs porte sur une chose déterminée individuellement, sur un corps certain. Lorsque le testateur lègue une somme d'argent ou une chose qui n'est pas déterminée individuellement, le legs ne confère pas un droit de propriété, mais seulement un titre de créance (*b*).

Mais dans tous les cas, s'il n'est pas suspendu par une condition, le legs est ouvert dès l'instant de la mort du testateur. Quand le legs ne confère pas la saisine, le légataire doit demander paiement de son legs et, nous l'avons vu, les fruits et intérêts ne courent, règle générale, que de cette demande.

III. Du paiement des legs.—Quel est le débiteur du legs ? L'article 880 répond à cette question en ces termes :—

880. " Les dettes du testateur sont dans tous les cas préférées au paiement des legs.

" Les legs particuliers sont payés par les héritiers et légataires universels ou à titre universel chacun pour la part dont il est tenu comme pour la contribution aux dettes, et avec droit en faveur du légataire à la séparation des patrimoines.

" Si le legs est imposé en particulier à quelqu'un des héritiers ou légataires, l'action personnelle du légataire particulier ne s'étend pas aux autres.

" Le droit au legs n'est pas accompagné d'hypothèque sur

(*a*) Voy. *supra*, p. 353.

(*b*) *Supra*, p. 340.

" les biens de la succession, mais le testateur peut l'assurer " par hypothèque spéciale, sous quelque forme que soit le tes- " tament, sujette, quant aux droits des tiers, à l'enregistre- " ment du testament " (*a*).

Notre article ne distingue pas le legs d'un corps certain, qui donne la saisine, de celui d'une chose indéterminée, qui ne la confère point. Mais sa disposition paraît envisager ce dernier legs, car, quant au premier, l'héritier, comme le légataire universel ou à titre universel, n'étant pas saisi de la chose léguée, il ne peut être question de lui imposer le paiement de cette chose. S'il s'en empare, il n'est qu'un usurpateur, comme le serait tout autre détenteur. Le legs d'une chose indéterminée est, au contraire, une charge de la succession, et ce n'est que dans ce cas qu'il peut être véritablement question de débiteurs du legs ou de son paiement.

Donc sont débiteurs du legs :

L'héritier, si le testament ne contient que des legs particuliers ;

Le légataire universel et le légataire à titre universel, si le testament renferme de semblables legs ;

L'héritier et les légataires à titre universel, si le testament fait un legs à titre universel seulement, le résidu de la succession appartenant alors à l'héritier du sang ;

Enfin les légataires soit universels, à titre universel ou à titre particulier qui sont, par le testament, chargés du paiement du legs à la décharge des autres légataires ou de l'héritier.

Mais les successeurs du testateur ne sont pas tenus de la même manière d'acquitter le legs, et quelquefois, sans même une disposition expresse du testament, cette charge incombe à certains successeurs à l'exclusion des autres.

On peut affirmer que lorsque le testament ne renferme que des legs particuliers, le paiement de tous ces legs incombe à

(*a*) On ne peut comparer cette disposition qu'à l'article 1017 du code Napoléon, qui porte que les héritiers du testateur, ou autres débiteurs d'un legs, sont personnellement tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profitent dans la succession, et qu'ils en sont tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils sont détenteurs. Sous l'ancien droit, le légataire avait, pour le paiement de son legs, une hypothèque légale sur tous les biens de la succession, et il en est ainsi dans le droit français moderne. Dans notre droit, au contraire, depuis nos lois sur l'enregistrement des droits réels, cette hypothèque légale n'existe pas, et l'hypothèque ne peut être que conventionnelle.

l'héritier légal qui est alors saisi du résidu des biens tout comme le serait un légataire universel. C'est le principe que j'ai posé plus haut.

Le légataire universel est seul tenu des legs particuliers, quand il n'y a pas de légataire à titre universel.

Dans les deux hypothèses, on ne doit pas confondre le legs d'un corps certain avec celui d'une chose indéterminée individuellement, lequel, je l'ai dit, ne confère pas la saisine. Au premier cas, le légataire particulier est saisi de la chose dès le décès du testateur (art. 891); l'héritier ou le légataire universel n'en est pas saisi, et s'il en prend possession, il n'est qu'un usurpateur. Le légataire dirigera contre lui l'action en revendication ; l'action en délivrance du legs n'existe plus et n'aurait d'ailleurs plus d'objet (*a*). Au contraire, quand le legs est d'une chose indéterminée, l'héritier ou le légataire universel est saisi des biens sur lesquels le paiement doit être effectué ; l'action en délivrance du legs, ou si on aime mieux, l'action en paiement de ce legs—car l'action en délivrance de legs, telle qu'on l'entendait dans l'ancien droit, ayant été abrogée, l'emploi de cette expression peut être cause de confusion—est alors nécessaire, si ce paiement n'est pas effectué volontairement.

Quant au légataire à titre universel, on ne doit pas non plus confondre les deux espèces de legs. Quand le legs est d'un corps certain, le légataire est saisi de cette chose de plein droit, et il exercera son action en revendication contre le détenteur, que ce détenteur soit l'héritier, le légataire universel, le légataire à titre universel ou un étranger. Il n'y a pas dans ce cas, à proprement parler, de débiteur du legs. Lorsque le legs est d'une chose non déterminée individuellement, il peut se faire, suivant la nature de ce legs, que le légataire à titre universel en soit exclusivement chargé, ou qu'il soit tenu de l'acquitter concurremment avec l'héritier ou le légataire universel. Ainsi le testateur a légué ses meubles à Pierre et un cheval *in genere* à Paul. Dans ce cas Pierre, légataire à titre universel des meubles, sera seul tenu de ce legs (*b*).

(*a*) Bien entendu que si le legs particulier devient caduc, l'héritier ou le légataire universel sera censé avoir été saisi de cette chose dès le décès du testateur, mais c'est là une tout autre hypothèse.

(*b*) C'est ce que Pothier, *Donations testamentaires*, nº 251, décidait du legs d'une chose déterminée. J'ai énoncé le même principe *supra*, p. 357. Cependant, comme je l'ai expliqué dans le texte—quoique indubitablement le legs d'une chose déterminée doive être distrait du legs à

Mais si le legs est d'une somme d'argent, telle somme ne fait pas partie de l'universalité mobilière, c'est une charge de la succession (*a*), et le légataire à titre universel en est responsable, concurremment avec l'héritier ou le légataire universel, comme il est responsable du paiement des dettes (*b*).

Ainsi si le légataire à titre universel a été gratifié du legs de la moitié de la succession, il sera tenu, *ultra vires bonorum*, du paiement de la moitié de la somme léguée, et l'héritier ou le légataire universel sera tenu de l'autre moitié, également *ultra vires bonorum*.

Mais, dit l'article 880, si le legs est imposé en particulier à quelqu'un des héritiers ou légataires, l'action personnelle du créancier ne s'étend pas aux autres. Nous avons vu que le testateur ne peut enlever aux créanciers héréditaires leurs recours contre les héritiers et légataires que la loi oblige de contribuer au paiement des dettes (art. 877). Il en est autrement du légataire particulier, car son droit naît du testament et il doit subir les conditions que le testateur a posées à l'exercice de ce droit.

Le légataire particulier n'est pas tenu du paiement des legs particuliers, à moins que le testament ne lui ait imposé cette charge, soit expressément, soit implicitement, comme quand une chose a été distraite de son legs et léguée à un autre légataire. Ainsi le légataire particulier des maisons de campagne du testateur sera seul tenu du legs particulier d'une de ces maisons, le légataire d'une bibliothèque, du legs d'un des livres de cette bibliothèque (*c*).

Ce n'est en tout ceci, et sauf la faculté du testateur d'imposer à qui il veut le paiement de ses legs, que l'application des principes de notre droit relativement à la contribution aux dettes que j'ai expliqués en mon tome 3, pp. 582 et suiv. L'héritier venant seul à la succession en acquitte toutes les dettes et charges et il en est de même du légataire universel (art. 735). Mais quand il y a un légataire universel, il ne saurait être question de l'héritier, car ce n'est qu'à défaut de

---

titre universel dont, sans le legs particulier, cette chose ferait partie—le légataire à titre universel dans ce cas n'est pas débiteur du legs particulier, car il n'a jamais été saisi de cette chose, et partant il ne peut pas la payer (art. 1143).

(*a*) Voy. *supra*, p. 358, note (*a*).

(*b*) C'est ainsi qu'il faut entendre l'alinéa 2 de l'article 880.

(*c*) Voy. *supra*, p. 357.

la succession testamentaire que la succession *ab intestat* a lieu (art. 597). Il ne peut donc jamais y avoir de concours entre l'héritier et le légataire universel ; celui-ci exclut celui-là. Lorsqu'il y a plusieurs héritiers ou plusieurs légataires universels, ils contribuent à l'acquittement des dettes de la succession, chacun en proportion de sa part héréditaire (art. 736). Si le testament institue un légataire à titre universel, celui-ci contribuera au paiement des dettes héréditaires dans la proportion dans laquelle il succède à l'hérédité (art. 737). Il viendra en concours soit avec un légataire universel, soit avec un héritier légal, et ce légataire universel ou cet héritier contribuera au paiement des dettes pour tout ce qui excède la contribution du légataire à titre universel (*a*). Le légataire particulier, au contraire, n'est jamais tenu personnellement du paiement des dettes du testateur si cette charge ne résulte expressément ou implicitement du testament (*b*).

Notre article 880 ajoute que le droit au legs n'est pas accompagné d'hypothèque sur les biens de la succession, mais que le testateur peut l'assurer par hypothèque spéciale, sous quelque forme que soit le testament, sujette, quant aux droits des tiers, à l'enregistrement du testament.

L'abolition de l'hypothèque légale qui, dans l'ancien droit, assurait le paiement du legs, date de nos lois d'enregistrement. Donc cette hypothèque ne peut être que conventionnelle et alors elle doit être expressément créée par le testament. Mais notre article permet la création de cette hypothèque sous quelque forme que soit le testament, ce qui est logique car toutes ces formes sont égales aux yeux de la loi. Il y a là exception au principe posé par l'article 2040, qui dit que l'hy-

(*a*) Voy. mon tome 3. p. 589. En France, je l'ai dit à l'endroit cité, on décide que l'héritier est tenu de toute la dette, malgré l'obligation personnelle du légataire à titre universel, et sauf son recours contre ce dernier pour sa part contributoire.

(*b*) J'ai cité plusieurs arrêts dans mon tome 3, relativement à la contribution aux dettes. Il n'est pas nécessaire d'y revenir. Je puis également renvoyer sommairement à un arrêt d'espèce prononcé dans une cause de *DeSalaberry* v. *Filiatrault* (11 R. L., p. 621). Il s'agissait du legs de $10,000, payable en actions de diverses banques, et le juge Mathieu a décidé qu'il suffisait de transporter ces actions à leur valeur nominale, et que le légataire universel n'était pas tenu de parfaire la différence entre la valeur réelle de $10,000 et la valeur vénale de ces actions, mais qu'il devait payer le legs en actions des banques indiquées ou en argent, de telle sorte que s'il ne se trouvait pas assez de ces actions dans la succession, le légataire universel devait parfaire le legs en argent.

pothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte en forme authentique, et la disposition expresse de notre article 880 dissipe le doute qui résulterait de l'article 2045, lequel porte que l'hypothèque créée par un testament sur des immeubles grevés par le testateur de quelques charges, est soumise aux mêmes règles que l'hypothèque conventionnelle. D'ailleurs le but de l'article 2045 est de soumettre l'hypothèque créée par un testament aux règles de fond qui régissent l'hypothèque conventionnelle. Ainsi il est de principe que l'immeuble hypothéqué doit être décrit par ses tenants et aboutissants ou par son numéro au cadastre (art. 2042), que la somme pour laquelle elle est consentie soit précisée par l'acte qui la crée (art. 2044), et l'hypothèque que le testateur établit doit remplir ces conditions. C'est ce qu'on avait jugé, avant le code, dans une cause de *Grégoire* v. *Laferrière* (3 L. C. J., p. 184).

Dans la cause d'*Auclair* v. *Auclair* (R. J. Q., 9 C. S., p. 213), la cour de revision à Montréal a jugé que lorsqu'un testament nomme un légataire universel, avec charge de payer un certain legs particulier, mais sans créer une hypothèque pour le paiement du legs, et que le légataire universel fait une déclaration à l'effet qu'un immeuble reçu du testateur demeurera affecté par hypothèque au paiement de ce legs, sans mentionner le montant du legs, l'hypothèque qu'on a prétendu créer par cette déclaration est nulle.

IV. Quelles choses peuvent être léguées.—Legs de la chose d'autrui.— Toute chose quelconque peut faire l'objet d'un legs si elle est dans le commerce, et en général le testateur peut léguer ce qu'il pourrait vendre. Il peut même léguer des choses qui doivent exister mais qui n'existent pas encore, comme les récoltes qui se feront après sa mort (*a*). Mais il est clair qu'une chose qui n'existera plus à la mort du testateur, ne peut faire l'objet d'un legs. Ainsi le testateur ne peut léguer le droit d'usufruit qui a été constitué en sa faveur, bien qu'il pourrait le vendre ou le donner entre vifs. Le legs peut également consister dans un fait que le débiteur du legs accomplit ou dont il doit s'abstenir ; on l'appelle un legs *in faciendo aut in non faciendo*. Ainsi, serait valable la charge imposée à un légataire de peindre un tableau pour un tiers, ou de ne point exploiter une certaine industrie dans le voisinage d'une usine

(*a*) Pothier, *Donations testamentaires*, nº 158.

que le testateur aurait léguée à un autre légataire (*a*). En cas d'inexécution, le legs d'un fait se résout nécessairement, et sauf le cas où le légataire peut demander l'exécution de l'obligation même, en dommages-intérêts. De même, quand il s'agit d'un fait que le débiteur du legs ne doit pas faire, le légataire peut, sans préjudice des dommages-intérêts, demander que ce qui a été fait à l'encontre de son droit, soit détruit (art. 1065, 1066).

Il n'est pas nécessaire que la chose léguée soit déterminée. Ainsi on peut léguer un cheval (*in genere*), une barrique de vin. Le légataire n'acquiert dans ce cas, je l'ai dit, qu'une créance ; il ne devient propriétaire que lorsque la chose est devenue certaine et déterminée et qu'il en a été légalement notifié (art. 1026). Mais comment s'effectue alors le paiement du legs ? Il faut, lorsque le testament n'accorde pas le choix au légataire, décider que ce choix appartient au débiteur du legs (arg. art. 1094). Toutefois, le débiteur, s'il n'est pas tenu de s'acquitter du legs en donnant une chose de la meilleure espèce, ne pourra pas offrir une chose de la plus mauvaise qualité (art. 1051) (*b*). La chose offerte doit être de qualité marchande. Mais on décide en France que si le legs avait pour objet l'une de plusieurs choses appartenant au testateur, par exemple, un des chevaux de son écurie, le débiteur du legs, si le choix lui en a été laissé, et dans le doute ce choix lui appartiendra, pourra offrir celle qui a le moins de valeur, comme le légataire, si le testament lui permet de choisir, pourra prendre la meilleure (*c*).

L'indétermination absolue, comme le legs d'un animal, d'un objet mobilier, qui n'est pas même déterminé quant à son espèce, serait une cause de nullité du legs. Ce n'est là que l'application de l'article 1060.

Du legs de la chose d'autrui.—Le legs étant un acte de disposition, un mode de transporter la propriété d'une chose, il s'ensuit qu'en principe on ne peut léguer que sa propre chose. Le legs de la chose d'autrui est donc, règle générale, nul. Cependant, le testateur peut très bien charger son héritier ou son légataire universel de procurer une chose dont il veut

---

(*a*) Pothier, *loc. cit.*, nº 177.

(*b*) Le code Napoléon, art. 1022, a une disposition expresse à cet effet en ce chapitre. Nos codificateurs se sont contentés de la règle générale que l'article 1051 énonce au titre *Des obligations*.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, nº 619.

gratifier un tiers, et ce legs fera naître au profit du légataire un droit de créance, ou même un droit de propriété si cette chose appartient à l'héritier ou au légataire chargé de la procurer.

Avant le code, lorsque le testateur, en léguant ce qui ne lui appartenait pas, ignorait le droit d'autrui, le legs était nul, à moins qu'il n'apparût de son intention que le légataire eût la chose ou sa valeur, ou à moins que quelque circonstance ne fît présumer que dans tous les cas le testateur aurait fait le legs. S'il connaissait le droit d'autrui, le legs était valide et équivalait à la charge de procurer la chose ou d'en payer la valeur, et lorsque la chose appartenait à l'héritier ou au légataire chargé d'acquitter le legs particulier, le legs était valide, que le testateur connût ou non que la chose ne lui appartenait pas (art. 133 du projet de ce titre). Si la chose léguée n'appartenait que pour partie au testateur, il n'était présumé léguer que la part qu'il y avait, à moins que son intention au contraire ne fût apparente, sauf la validité du legs pour le tout quant à la chose de l'héritier ou du légataire chargé de l'acquitter (art. 133*d* du projet de ce titre). Enfin, si le testateur était devenu depuis le testament, pour le tout ou pour partie, propriétaire de la chose léguée, le legs était valide pour tout ce qu'il n'avait pas ensuite volontairement aliéné nonobstant la disposition de l'article 133*d* (art. 133 *quater* du projet).

Les codificateurs expliquent que ces règles venaient du droit romain, où la brièveté usitée dans les dispositions testamentaires était suppléée par un grand nombre de présomptions. En effet, quand le testateur avait légué la chose d'autrui, les jurisconsultes romains faisaient la distinction suivante :

Le testateur avait-il su que la chose appartenait à autrui : le legs était valable, car on présumait que l'intention du testateur avait été que son héritier procurât la chose au légataire, en l'achetant de son véritable propriétaire, ou au cas où celui-ci refusait de vendre ou demandait un prix exorbitant, en en payant la valeur au légataire. Cette présomption s'imposait lorsque l'héritier était propriétaire de la chose léguée.

Au contraire, si le testateur ignorait que l'objet du legs appartenait à un tiers, le legs était nul. Il était, en effet, probable que le testateur n'avait fait le legs que parce qu'il croyait être propriétaire de la chose léguée (*a*).

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 620.

Nos codificateurs ont trouvé que ces présomptions ne sont plus fondées sur l'expérience des faits, quant à l'intention supposée du testateur, et s'inspirant de l'article 1021 du code Napoléon, ils ont proposé comme droit nouveau les trois articles qui suivent, lesquels ont été adoptés par la législature.

881. " Le legs que fait un testateur de ce qui ne lui appar-
" tient pas, soit qu'il connût ou non le droit d'autrui, est nul,
" même lorsque la chose appartient à l'héritier ou au légataire
" obligé au paiement.

" Le legs est cependant valide et équivaut à la charge de
" procurer la chose ou d'en payer la valeur, s'il paraît que
" telle a été l'intention du testateur. Dans ce cas si la chose
" léguée appartient à l'héritier ou au légataire obligé au paie-
" ment, soit que le fait fût ou non connu du testateur, le
" légataire particulier est saisi de la propriété de son legs.

882. " Si la chose léguée n'appartenait au testateur que
" pour partie, il est présumé n'avoir légué que la part qu'il y
" avait, même dans le cas où le surplus appartient à l'héritier
" ou au légataire principal, à moins que son intention au con-
" traire ne soit apparente.

" La même règle s'applique au legs fait par l'un des époux
" d'un effet de la communauté ; sauf le droit du légataire à la
" totalité de la chose léguée, sous les circonstances énumérées
" au titre des conventions matrimoniales, et généralement
" dans le cas de l'article qui suit (*a*).

883. " Si le testateur est devenu depuis le testament, pour
" le tout ou pour partie, propriétaire de la chose léguée, le
" legs est valide pour tout ce qui se retrouve dans sa succes-
" sion, nonobstant la disposition contenue en l'article qui
" précède, excepté dans le cas où la chose ne reste dans la
" succession que parce que l'aliénation faite ensuite volontai-
" rement par le testateur s'est trouvée nulle " (*b*).

Donc, en principe, le legs de la chose d'autrui est nul, et cela

(*a*) Ce deuxième alinéa de l'article 882 n'est pas indiqué comme droi nouveau.

(*b*) Le code Napoléon n'entre pas dans tous ces détails. L'article 1021 du code français, duquel, je l'ai dit, nos codificateurs se sont inspirés, est très laconique. Il porte que " lorsque le testateur aura légué la chose " d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle " ne lui appartenait pas." Mais nos articles rendent bien compte de la doctrine que les commentateurs ont déduite de la disposition de l'article 1021.

que le testateur ait ou n'ait pas su qu'il n'en était pas propriétaire, mais comme il lui est loisible d'imposer à son héritier la charge d'acquérir cette chose pour la remettre au légataire, il ne sera plus question de nullité du legs si cette intention est manifeste. Toutefois le seul fait que l'héritier ou le légataire serait propriétaire de la chose léguée, même à la connaissance du testateur, ne fera pas présumer cette intention (*a*).

Soit donc un legs en ces termes : " Je lègue à mon neveu Pierre la maison de Jacques que mon héritier devra acheter et livrer à Pierre, et si le propriétaire ne veut la vendre pour un prix raisonnable, mon héritier en payera à Pierre la valeur que je fixe à $5,000." La validité de ce legs ne souffre pas de doute (*b*).

Mais il peut y avoir un doute sérieux, lorsque le testateur, après avoir chargé son héritier d'acheter la maison de Jacques pour la livrer à Pierre, n'a pas ajouté qu'au cas où Jacques refuserait de vendre ou exigerait un prix exorbitant, son héritier devrait payer à Pierre l'estimation de la maison. Si Jacques refuse absolument de vendre sa maison à l'héritier, ce dernier est-il obligé d'en payer la valeur à Pierre ?

On l'a soutenu, mais l'opinion contraire me paraît préférable. L'héritier est débiteur d'un corps certain ; or, sans aucun fait ou faute qui lui soit imputable, il est dans l'impossibilité d'exécuter son obligation. Cela n'amène-t-il pas l'application de l'article 1200 ? Telle est d'ailleurs l'opinion de la plupart des auteurs (*c*).

Je puis ajouter que les termes mêmes de l'article 881 favorisent cette conclusion. Il dit que le legs est valide " et équi-" vaut à la charge *de procurer la chose ou d'en payer la* " *valeur, s'il paraît que telle a été l'intention du testateur.*" Peut-on dire que le testateur voulait qu'au cas de refus de vendre, l'héritier payerait au légataire la valeur de la maison, quand le testament n'impose pas cette charge à l'héritier ? Et n'est-ce pas ici le cas d'appliquer le principe que dans le doute

---

(*a*) Dans le droit français moderne, l'opinion contraire a trouvé un grand nombre de partisans. On se base sur les termes de l'article 1021 du code Napoléon. Comp. Demolombe, t. 21, nº 687. Notre article 881 a réglé la question dans le sens que j' i indiqué.

(*b*) L'article 881 consacre expressément cette solution. L'article 1021 du code Napoléon est moins formel et laisse place à un léger doute. Toutefois, les commentateurs concluent également à la validité Comp. Demolombe, nº 682.

(*c*) Comp. Demolombe, nº 684.

un acte s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation (art. 1019) ?

Supposons maintenant que le testateur a dit : " Je lègue à Pierre la maison de Jacques," sans ajouter autre chose. Ce legs est-il valable ?

On a prétendu qu'on doit sous-entendre là que le testateur voulait que son héritier achetât la maison de Jacques pour la livrer à Pierre. Mais l'opinion contraire rencontre plus de suffrages (*a*). Je crois que le passage de l'article 881 que je viens de citer nous force de conclure à la nullité du legs. Cependant, le legs serait indubitablement valide s'il était fait sous forme alternative, comme si le testateur avait dit : " Je lègue à Pierre la maison de Jacques ou la somme de $5,000." Le fait qu'il serait nul, quant à l'une des choses sur lesquelles il porte, ne le rend pas invalide quant à l'autre chose qui peut être valablement léguée (voy. les art. 1095 et 1096) (*b*).

Toutefois, comme le testament est une donation à cause de mort et que le testateur y dispose des biens qu'il possédera au moment de son décès, il s'ensuit que l'on doit se placer à ce moment, et non pas au jour du testament, pour juger la validité du legs. Donc, si le testateur, qui n'était pas propriétaire de la chose léguée lorsqu'il en a disposé, l'a acquise plus tard, le legs sera valide et on présumera que le testateur a fait l'acquisition de cette chose afin de donner effet au legs. C'est du reste ce que consacre expressément l'article 883.

Il y a cependant une exception à cette règle que le même article formule en termes exprès. Le legs est valide par suite de l'acquisition que le testateur a faite de la chose léguée, dit-il, " excepté dans le cas où la chose ne reste dans la suc-" cession que parce que l'aliénation faite ensuite volontaire-" ment par le testateur s'est trouvée nulle."

Nous verrons plus loin qu'il y a révocation tacite lorsque le testateur aliène la chose qu'il avait léguée (art. 892, 897). Donc, le fait que le testateur aurait acquis subséquemment au testament la chose qu'il avait léguée sans en être propriétaire, ne pourrait plus être invoqué, si, subséquemment à cette acquisition, il l'avait aliénée, et il importerait peu que la chose lui fût revenue à raison de la nullité de l'aliénation.

(*a*) Voy. Demolombe, nº 685 ; M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, nº 620 *bis*.

(*b*) C'est la décision de Demolombe, nº 683.

On admettait dans l'ancien droit que la nullité de l'aliénation n'affectait pas la révocation tacite du legs qui en était la conséquence, mais il fallait que l'aliénation eût été libre : si le testateur avait été forcé de vendre, ou bien s'il avait aliéné la chose volontairement, mais dans un cas d'urgente nécessité, on ne présumait pas chez lui l'intention de révoquer son legs, et cette vente étant inexistante, on ne pouvait s'en prévaloir pour invoquer une présomption qui n'avait en réalité pas de fondement, puisque la vente n'avait pas été volontaire. J'aurai à expliquer plus loin la règle de notre code qui se rapproche beaucoup de celle de l'ancien droit (voy. l'art. 897).

Mais il résulte des termes de l'article 883 que si le testateur avait aliéné la chose dès avant le legs, et que l'aliénation ait été nulle, le legs sera valide, bien que cette nullité n'ait été prononcée qu'après le testament. En effet, au moment du testament, le testateur était réellement propriétaire de la chose léguée qui n'était pas sortie de son patrimoine.

Reste le cas du legs d'une chose dont le testateur était copropriétaire indivis avec d'autres. Nous connaissons l'effet de l'indivision. Elle amène nécessairement un partage, puisque nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision (art. 689). Or, le partage est déclaratif et non translatif de propriété, et chaque copartageant est censé avoir succédé seul et immédiatement à toutes les choses comprises dans son lot, ou à lui échues sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres biens de la succession (art. 746). Donc il se peut que, par l'effet d'un partage subséquent au testament, le testateur se trouve avoir légué la chose d'autrui. Toutefois, avant d'appliquer ces principes, je dois poser deux hypothèses. J'indiquerai dans chacune la solution que l'on adopte en France.

Première hypothèse.—Le testateur était dans l'indivision lors du legs, mais cette indivision a cessé avant sa mort. Dans ce cas, d'après les principes, le partage réglerait le sort du legs. La chose léguée a-t-elle été attribuée au testateur : le legs serait valide pour le tout. Est-elle échue à un autre des copropriétaires : le testateur a légué la chose d'autrui et le legs serait nul. Enfin, le partage a-t-il attribué une partie de la chose au testateur : le legs s'exécuterait sur cette partie. C'est ce qu'on décide en France, le code Napoléon ne renfermant pas un article analogue à notre article 882 (*a*).

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 621.

Deuxième hypothèse.—Le testateur est décédé en état d'indivision. Dans ce cas, on fait une sous-distinction.

a. La chose léguée fait l'objet exclusif de l'indivision. Dans ce cas, on décide que le légataire succède aux droits que le testateur possédait dans la chose léguée ; il en sera donc copropriétaire par indivis et c'est avec lui que le partage devra se faire et il aura ce que ce partage lui attribuera.

b. La chose léguée dépend d'une universalité, comme une succession, dont le testateur était copropriétaire avec d'autres. Par exemple, le testateur était héritier d'une succession, il lègue une maison qui dépend de cette succession, et il meurt avant que ses droits à cette maison aient été déterminés par un partage de la succession. Ici, trois opinions sont en présence en France.

Dans la première, on décide que tout dépendra du résultat du partage qui s'effectuera entre les héritiers du testateur et les cohéritiers de celui-ci. Ce partage fait-il tomber la maison dans le lot des cohéritiers du défunt : le legs sera nul car il a porté sur la chose d'autrui. Est-elle, au contraire, échue aux héritiers du testateur : ils devront la livrer au légataire, car, par l'effet rétroactif du partage, le testateur était seul propriétaire de la maison au moment du testament. Le légataire pourrait assister au partage pour veiller sur ses droits, ou l'attaquer en cas de fraude (art. 745) (*a*).

D'après une autre opinion, le sort du legs est dans tous les cas indépendant du résultat du partage. Le légataire ne peut, à aucun titre, figurer à ce partage, et la fiction de la rétroactivité du partage lui est étrangère. En conséquence, le legs vaut pour la part du testateur dans la chose léguée ou sa valeur, et ne vaut que jusqu'à concurrence de cette part ou de cette valeur, quels que soient les résultats du partage fait entre les héritiers du testateur et les autres copartageants. Ainsi, si le partage attribue la chose tout entière aux premiers, le légataire n'en devient propriétaire que pour la part qu'y avait le testateur. Au contraire, si cette chose échoit à l'un des autres copartageants, le légataire pourra réclamer aux héritiers du testateur la valeur estimative de la part de ce dernier (*b*).

Enfin, dans la troisième opinion, on ne se rattache rigoureusement ni à l'article 883 C. N. (notre article 746), qui fait rétroagir le partage jusqu'au décès du testateur, ni à l'article

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *loco citato*.

(*b*) M. Aubry et Rau. t. 7, §§ 675 et 676, p. 154, et notes.

1021 C. N. (notre article 881), qui rend nul le legs de la chose d'autrui. On écarte l'article 1021, pour le motif que la chose dont le testateur est copropriétaire n'est pas la chose d'autrui, et l'article 883, en disant qu'il ne s'agit pas ici d'apprécier, en droit, les effets du partage, mais plutôt de rechercher quelle a été l'intention du testateur, afin de savoir s'il a voulu léguer la chose elle-même, en tout ou en partie, ou sa valeur représentative. Si le testateur a voulu léguer la chose tout entière et qu'elle échoit au partage à ses héritiers, le légataire y a droit en entier, puisque le testateur a voulu la lui léguer entièrement et qu'il a pu le faire ; si la chose tombe au lot d'un des autres copropriétaires, le légataire a droit à sa valeur estimative. Si le testateur n'a entendu léguer que sa part de la chose, le légataire sera propriétaire de cette part si la chose échoit aux héritiers du testateur, et pourra réclamer la valeur de cette part si elle échoit aux autres copartageants (*a*).

Voyons maintenant quelle est la doctrine de notre droit sur cette question du legs d'une chose dont le testateur est copropriétaire par indivis.

Le premier alinéa de l'article 882 dit que si la chose léguée n'appartient au testateur que pour partie, " *il est présumé " n'avoir légué que la part qu'il y avait*, même dans le cas où " le surplus appartient à l'héritier ou au légataire principal, " à moins que son intention au contraire ne soit apparente." Puis, le second alinéa ajoute que " la même règle s'applique au " legs fait par l'un des époux d'un effet de la communauté ; " sauf le droit du légataire à la totalité de la chose léguée, " sous les circonstances énumérées au titre des conventions " matrimoniales, et généralement dans le cas de l'article qui " suit."

Les droits du légataire d'un effet de la communauté sont expliqués à l'article 1293, qui, après avoir dit que le legs d'un effet de la communauté suit les règles applicables au legs de la chose dont le testateur n'est propriétaire que pour partie, ajoute que " si la chose est tombée dans le lot du testateur et " qu'elle se retrouve dans sa succession, le légataire a droit de " la prendre en entier (*b*)."

(*a*) Demolombe, nº 695. Je n'ai indiqué qu'un seul auteur pour chaque opinion, mais on trouvera le partage d'avis indiqué en détail dans le traité des donations entre vifs et des testaments de M. Baudry-Lacantinerie, t. 2, nºs 2528 et suiv.

(*b*) Le code Napoléon, art. 1423, consacre à ce sujet un autre système quant au legs fait par le mari d'un effet de la communauté. Le légataire,

Donc, lorsqu'un effet de la communauté a été légué par l'un des époux, le légataire peut réclamer la totalité de la chose si cette chose est échue par l'effet du partage aux héritiers de cet époux.

Il a droit, dit encore l'article 882, à la chose tout entière dans le cas de l'article 883. Or cet article, posant une règle générale, dit que lorsque le testateur est devenu depuis le testament, pour le tout ou pour partie, propriétaire de la chose léguée, le legs est valide pour " tout ce qui se retrouve dans sa succession."

Essayons maintenant de découvrir la pensée du législateur, tâche assez difficile, car les codificateurs ne s'en expliquent pas dans leur rapport et le texte même de ces articles est un peu équivoque.

Et d'abord, je ne crois pas qu'il soit question ici du cas où l'indivision a cessé pendant la vie du testateur, car, je l'ai dit, c'est au moment de son décès que l'on doit se placer pour déterminer les effets de son testament. Or, à ce moment, il y avait eu partage, et, ou bien la chose lui était définitivement échue, et alors elle tombait sous le coup de son testament, ou bien elle avait été attribuée à ses copropriétaires, et dans ce cas, comme il s'agissait du legs d'un corps certain et que cette chose n'était plus dans la succession du testateur, de plus, comme par l'effet déclaratif du partage, le testateur était censé n'en avoir jamais été propriétaire, le legs se trouvait, dès avant la mort du testateur, privé de tout effet (*a*).

Lorsque l'indivision a cessé depuis le décès du testateur, on doit, à mon avis, poser une règle générale. Cette règle c'est que le testateur, qui n'était propriétaire de la chose que pour

---

dit-il, ne peut le réclamer en nature, qu'autant que par l'événement du partage, cet effet tombe dans le lot des héritiers du mari ; au cas contraire, le légataire à la récompense de la valeur totale de l'effet donné, sur la part des héritiers du mari dans la communauté et sur les biens personnels de ce dernier.

(*a*) On peut interpréter ainsi les termes de l'article 883, qui dit que " si le testateur est devenu depuis le testament, pour le tout ou pour " partie, propriétaire de la chose léguée, le legs est valide *pour tout ce* " *qui se retrouve dans sa succession.*" Il est vrai que le partage est déclaratif et non translatif de propriété, mais ce n'est là qu'une fiction dont il ne faudrait pas abuser. D'ailleurs, quand le partage attribue au testateur la totalité de la chose léguée, toute cette chose se retrouve dans sa succession et le legs doit être valide, comme, d'un autre côté, il doit être nul, lorsque par l'effet du partage aucune partie de cette chose ne se retrouve dans la succession du testateur.

partie, n'est présumé (ce sont les termes mêmes de l'article 882) avoir légué que la part qu'il y avait, à moins que son intention au contraire ne soit apparente, et cela qu'il s'agisse d'une chose particulière, qui appartenait au testateur et à un tiers, ou d'une chose qui dépendait d'une universalité dont le testateur était l'un des copropriétaires. En d'autres termes le testateur a légué tous les droits qu'il avait dans la chose. Lorsque la chose léguée faisait l'objet exclusif de l'indivision, le légataire prend la place du testateur, et c'est avec lui que le partage se fera. Lorsqu'elle dépendait d'une universalité indivise, le légataire n'a pas qualité pour figurer au partage, car il n'est pas légataire de la part du testateur dans l'universalité, mais seulement de sa part d'une chose particulière comprise dans cette universalité. La fiction de la rétroactivité du partage lui est donc étrangère. Si la chose échoit aux héritiers du testateur, le légataire en sera copropriétaire avec eux dans la même proportion que le testateur était lui-même copropriétaire de l'universalité; il la partagera donc avec eux. Si, au contraire, elle échoit aux copropriétaires du testateur, le legs ne sera pas nul, car il ne portait pas sur la chose d'autrui, mais sur une chose commune, et le légataire pourra réclamer des héritiers du testateur une somme représentative de la part du testateur dans la chose léguée, solution d'autant plus équitable que ces héritiers ont eux-mêmes reçu cette somme de leurs copartageants. Ce système me paraît conforme à la deuxième opinion que j'ai exposée plus haut.

Cependant, dans un cas spécial, le legs par l'un des époux d'un effet de la communauté, il n'y a pas lieu à l'entière application de cette règle (*a*). Lorsque la chose est tombée dans le lot des héritiers du testateur, les articles 882 et 1293 consacrent le droit du légataire de la prendre en entier. Dans les autres cas il n'y a qu'à appliquer la règle générale, car, aux termes de ces articles, le legs d'un effet de la communauté suit les règles applicables au legs de la chose dont le testateur n'est propriétaire que pour partie (*b*).

Il n'y a ici, bien entendu, que des présomptions de la volonté du testateur, lesquelles ne s'appliquent, comme le dit l'article 882, que lorsque son intention au contraire n'apparaît pas.

(*a*) En effet, Pothier, *Communauté*, nº 477, *in fine*, enseigne que les raisons qui ont fait poser cette règle ne militent pas également dans le cas du legs d'un effet de la communauté.

(*b*) L'article 883 n'est pas une exception à la règle générale, car il envisage le cas où l'indivision a cessé du vivant du testateur.

Les tribunaux devront donner effet à cette intention, lorsqu'elle découle des termes du testament ou des circonstances.

On enseigne en France que la règle que le legs de la chose d'autrui est nul ne s'applique pas au legs d'une chose indéterminée, comme lorsque le testateur, qui n'avait pas de chevaux, a légué un cheval *in genere.* Dans ce cas, l'héritier du testateur devra acquérir un cheval pour le livrer au légataire (*a*).

V. Dans quel état le légataire acquiert la chose léguée.—Accessoires et additions.—Il faut distinguer le cas du legs d'un corps certain et celui du legs d'une chose indéterminée.

1° *Legs d'un corps certain.*—Le légataire est saisi de la chose léguée, dit l'article 891, " *dans l'état où elle se trouve* et des accessoires nécessaires qui en forment partie (*b*)." Donc, il profite des améliorations qui sont apportées à cette chose et il souffre des détériorations qu'elle a reçues pendant qu'elle était entre les mains du testateur. Tous ses droits découlent du testament et il reçoit à titre gratuit et sans garantie. Le testateur aurait pu aliéner ou détruire cette chose et révoquer ainsi le legs (art. 892) ; donc le légataire doit la prendre dans l'état où le testateur l'a laissée et si le testateur l'a détruite en partie, le légataire doit y voir une révocation partielle du legs. Si elle est augmentée, par une alluvion par exemple, tant mieux pour le légataire ! Si elle est détériorée, tant pis ! Le fait du testateur laisse le légataire sans remède, comme il ne lui impose aucune obligation d'indemniser la succession si le testateur a amélioré la chose léguée.

Il en est de même du fait d'un tiers antérieur à la mort du testateur. Si ce tiers a détérioré la chose, le légataire la prendra telle qu'elle est, et il n'aura pas droit aux dommages-intérêts que l'auteur de la détérioration a payés ou payera sur une poursuite intentée par le testateur. En sens inverse, lorsqu'un tiers a amélioré l'objet du legs avant le décès du testateur, le légataire profitera de l'amélioration sans avoir d'indemnité à payer, laquelle, si elle est due, devra être payée par la succession (*c*).

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 620 *bis*.

(*b*) L'art. 1018 du code Napoléon est au même effet.

(*c*) C'est la décision de M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 615 ; *Donations et testaments*, t. 2, n° 2548. Toutefois, il convient de remarquer que si le légataire revendique un immeuble légué contre un tiers posses-

Il n'est pas question à l'article 891 des augmentations ou détériorations qui sont subséquentes au décès du testateur. Ces faits se produisent pendant que le légataire est propriétaire de la chose. Il s'ensuit que si elle périt par cas fortuit, le légataire en subira la perte sans indemnité, et que si elle est détériorée par le fait d'un tiers, héritier ou non, le légataire aura son recours, le tout comme dans le cas où il s'agit de la dette d'un corps certain (art. 1150). Si elle a été améliorée, le légataire profitera de l'amélioration, mais à la charge d'en indemniser le possesseur.

Que décider dans le cas où le legs se trouvait, après le décès du testateur, suspendu par une condition ? Il n'y aura alors qu'à appliquer les principes qui régissent la dette d'un corps certain. L'héritier ou le légataire universel se trouve saisi de la chose en attendant l'avènement de la condition, il en est propriétaire sous condition résolutoire. Si la condition s'accomplit, sa propriété s'évanouira et il se trouvera débiteur de la chose dans l'état où elle se trouve en ce moment. C'est bien là la portée de l'article 891 qui, quand le legs a été fait sous condition suspensive, se place au moment de l'avènement de la condition, comme il se place, dans le cas d'un legs pur et simple, au moment du décès du testateur, pour régler les droits du légataire. On pourra également appliquer l'article 1150. Toutefois, comme l'héritier ou le légataire universel, qui, *pendente conditione*, est saisi de la chose léguée, ne peut rien faire à l'encontre des droits du légataire conditionnel, je l'assimilerais au grevé de substitution, et j'accorderais au légataire les mêmes remèdes en cas de détérioration, et à l'héritier ou légataire universel le même recours pour ses améliorations qu'en matière de substitution (art. 955, 958).

Une autre conséquence du principe que le légataire prend la chose dans l'état où elle se trouve, c'est qu'il n'a pas droit à garantie lorsqu'il en est évincé. Il n'a acquis que le droit du testateur.

Cependant, si le legs est d'une chose indéterminée, comme d'un cheval *in genere* et que le légataire soit évincé de la chose qu'on lui a livrée en exécution du legs, il pourra en

seur qui y a fait des améliorations du vivant du testateur, dont il a droit d'être remboursé aux termes de l'article 417, ce possesseur pourra exercer son droit de rétention jusqu'au paiement de l'indemnité qui lui est due, ce qui forcera le légataire à la payer, mais dans ce cas il aura un recours contre la succession du testateur dont il a payé la dette.

réclamer une autre, non parce qu'on lui devrait garantie, mais parce que le paiement n'a pas été valable (*a*).

L'article 891 dit que le légataire est saisi de la chose léguée dans l'état où elle se trouve "*et des accessoires nécessaires qui* "*en forment partie.*"

Que faut-il entendre par ces mots "*accessoires nécessaires?*"

On répond que les accessoires nécessaires sont ceux qui suivent naturellement la chose, et sans lesquels la jouissance de cette chose ne serait pas complète, tels que la clef, le socle et le globe d'une pendule, le fourreau d'une épée, le jardin d'une maison, les titres d'une propriété, les meubles immobilisés par destination (*b*).

Ainsi le légataire de l'usufruit d'une terre enclavée parmi d'autres héritages appartenant au testateur, pourra réclamer gratuitement des héritiers un passage pour arriver à la voie publique (*c*).

La règle suprême du reste c'est la volonté du testateur telle u'exprimée par le testament.

Mais, tout en donnant effet à l'intention du testateur, il ne faut pas, quand cette intention n'apparaît pas, exagérer la portée du mot *accessoire.* Il faut que ces accessoires soient nécessaires. L'article 888 nous trace du reste une règle précise en ces termes : —

888. " Lorsqu'un immeuble légué a été augmenté par des " acquisitions, ces acquisitions fussent-elles contiguës, ne sont " censées faire partie du legs, que si d'après leur destina- " tion et les circonstances l'on peut présumer de l'intention du " testateur de n'en faire qu'une dépendance constituant avec " la partie léguée un seul et même corps de propriété.

" Les constructions, embellissements et améliorations sont " censés adjoints à la chose léguée."

L'article 1019 du code Napoléon pose la règle que les acquisitions même contiguës ne sont pas censées faire partie du legs, *sans une nouvelle disposition.* Il accorde au légataire les embellissements ou constructions nouvelles faites sur le fonds légué, ainsi que l'enclos dont le testateur aurait augmenté l'enceinte de ce fonds. Notre article me paraît conforme

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 618.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments.* t. 2, n° 2543. Voy. aussi Pothier, *Donations testamentaires*, n° 275.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 2544. C'était la décision de Pothier, n° 275, et telle est du reste la disposition formelle de notre article 543.

à la doctrine de Pothier, nº 265, qui disait que la chose léguée doit être délivrée avec ses augmentations " soit qu'elles soient " unies à la chose léguée par une union réelle, tels que sont des " bâtiments construits sur un héritage légué, soit qu'elles y " soient unies par une union de simple destination, tels que " sont des morceaux de terre que le testateur a, depuis son " testament, incorporés à la métairie qu'il a léguée " (*a*).

Il n'y a aucune difficulté quant aux constructions, embellissements et améliorations, lesquels, dit l'article 888, sont censés adjoints à la chose léguée. C'est l'application du principe: *omne quod solo inædificatur solo cedit*. Il n'y a pas non plus à distinguer suivant qu'il s'agit de constructions faites sur un terrain précédemment nu ou de constructions ajoutées à des constructions anciennes, et quelle que soit, dans tous les cas, leur valeur (*b*). Et le légataire profite de ces constructions et améliorations sans avoir à en payer le prix, alors même que ce prix serait encore dû au décès du testateur. De même, si une maison située sur le fonds légué avait été détruite par un incendie du vivant du testateur, l'héritier ne pourrait réclamer l'indemnité due à raison de l'assurance de cette maison. Le même principe régit le cas de l'expropriation de l'immeuble légué, lorsque l'expropriation a été consommée avant la mort du testateur. L'indemnité reste à la succession sans que le légataire puisse y réclamer aucune part. Toutefois, on décide que si le testateur est mort dans l'intervalle qui s'écoule entre le jugement déclaratif d'utilité publique (disons l'avis d'expropriation) et la fixation de l'indemnité, le légataire y aura droit (*c*). C'est que, dit-on, le testateur était encore propriétaire de l'immeuble au jour de son décès. Ceci fait voir que si la loi particulière d'expropriation dont il s'agit fait passer le titre de propriété dès le dépôt de la somme

(*a*) Bugnet, à une note à ce passage, dit que la décision de Pothier est bien préférable à celle de l'article 1019 du code Napoléon. Il témoigne, du reste, que cette distinction n'est pas admise par la jurisprudence française. M. Baudry-Lacantinerie, nºˢ 2550, 2551, fait prévaloir l'intention du testateur, tout en reconnaissant que, dans le doute, on doit interpréter le legs restrictivement, conformément à l'article 1019.

Remarquons que nos codificateurs disent que l'article 888 " a été " rédigé d'une manière aussi précise qu'il a été possible, pour les cas où " l'on n'a pu être sûr que la présomption de la loi coïnciderait aussi " généralement qu'ailleurs avec l'intention du testateur."

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 2554.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, nºˢ 2555-57.

offerte par l'expropriant, ce moment sera capital pour déterminer le droit de la succession ou du légataire à l'indemnité qui pourra être fixée ensuite.

2° *Les legs d'une chose indéterminée.*—J'ai expliqué plus haut, p. 340, que dans ce cas le légataire n'a qu'une créance et non un droit de propriété, et que le débiteur du legs doit lui payer une chose loyale et marchande, comme disait Pothier ; il n'est pas obligé de donner la meilleure chose de l'espèce désignée, mais il ne peut offrir la plus mauvaise (art. 1151) (*a*).

VI. De la réduction des legs.—Nous rencontrons ici des dispositions qui ne se trouvent pas au code Napoléon. Cependant, on enseigne en France que les dettes de la succession atteignent indirectement le légataire particulier, et que, lorsque les biens de la succession sont insuffisants pour acquitter tous les legs, il devient nécessaire de les réduire (*b*). On décide également, quoique la question soit controversée, que le débiteur du legs doit payer ce legs *ultra vires bonorum* (*c*).

Cette obligation personnelle et *ultra vires bonorum* du débiteur du legs, ne saurait être douteuse dans notre droit ; le legs est une charge de la succession et l'héritier ou le légataire universel acquitte toutes les charges et dettes de la succession (art. 735).

Le légataire particulier a donc une créance personnelle contre l'héritier ou le légataire tenu au paiement de son legs ; et si ce débiteur veut éviter de payer cette dette sur ses propres biens, il doit accepter la succession sous bénéfice d'inventaire. Mais deux circonstances peuvent l'empêcher d'obtenir son legs dans son intégrité. Il se peut qu'il n'y ait pas assez de biens, soit dans la succession, soit dans le patrimoine de l'héritier ou autre débiteur du legs qui n'a pas pris la qualité de bénéficiaire, pour payer les dettes du testateur et les legs particuliers que comporte le testament. Il se peut encore que, les créanciers payés, il ne reste pas assez de biens pour solder tous les legs particuliers. Chacune de ces circonstances affecte le recours des légataires particuliers et amène la réduction des legs. Je les examinerai séparément, car la situation du légataire n'est pas identique dans l'une et l'autre hypothèse. Il ne prime jamais le créancier, mais il peut primer un autre légataire.

(*a*) Voy. *supra*, p. 366.

(*b*) 21 Demolombe, n° 660.

(*c*) Demolombe, n° 668.

1° *De la réduction des legs à l'égard des créanciers héréditaires.* Le créancier de la succession n'a pas, pour le paiement de sa créance, d'action directe et personnelle contre le légataire particulier non chargé de la dette. Il doit, au contraire, exercer ses recours sur les biens de la succession et discuter l'héritier ou le légataire universel ou à titre universel, qui sont ses débiteurs personnels. Si ces recours ne lui suffisent pas, le légataire particulier, qui n'est pas le débiteur personnel du créancier, devient indirectement, et jusqu'à concurrence de la chose léguée, responsable de la dette, car il ne peut jamais concourir avec le créancier dont le droit prime le sien. "Les dettes du testateur," nous dit le premier alinéa de l'article 880, "sont dans tous les cas préférées au paiement des legs." Il en résulte que si les biens de la succession ou de l'héritier ou légataire tenu au paiement, sont insuffisants, il faut nécessairement opérer une réduction des legs. En effet, le testateur n'a pu léguer ses biens au préjudice de ses créanciers, *bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno*, et ce principe s'applique aux donations testamentaires comme aux donations entre vifs. Seulement, dans le cas des premières, le créancier n'est pas tenu d'exercer l'action paulienne, d'alléguer et de prouver que le donateur était insolvable lors de la donation, ou qu'il s'est rendu insolvable par la libéralité qu'il a faite. Le créancier n'a besoin que de son titre de créancier ; tant qu'il n'est pas désintéressé, le légataire est sans droit. Celui-ci ne peut prendre l'objet qui lui est légué libre des dettes du testateur ; il aura, il est vrai, un recours contre l'héritier ou le légataire tenu au paiement de son legs, mais à l'égard du créancier, il n'a qu'à subir un droit supérieur au sien.

Cependant, le créancier de la succession ne peut exercer arbitrairement ce droit de préférence contre le légataire particulier. Le premier alinéa de l'article 886 pose à cet effet deux conditions que le créancier doit remplir avant de requérir la réduction du legs : 1° Il doit avoir discuté l'héritier ou le légataire tenu personnellement ; 2° il doit s'être prévalu à temps du droit de séparation des patrimoines (*a*).

Jus civile vigilantibus scriptum ! Le créancier qui a négligé d'exercer les actions que la loi lui accorde, ne peut

(*a*) Cette disposition est en ces termes :

" Pour faire opérer la réduction des legs particuliers le créancier doit " avoir discuté l'héritier ou le légataire tenu personnellement, et s'être " prévalu à temps du droit de séparation des patrimoines."

demander au légataire particulier de subir les effets de cette négligence qui est son propre fait. Ainsi, on enseignait unanimement dans l'ancien droit que le créancier, qui avait laissé payer à un légataire particulier la somme que le testateur lui avait léguée, ne pouvait répéter contre lui cette somme, car le légataire n'a reçu que ce qui lui appartenait et, partant, l'action en répétition n'est pas recevable (*a*).

Donc, l'action en réduction des legs n'est ouverte qu'autant que le créancier fait voir qu'il a rempli ces conditions. Il doit avoir discuté l'héritier ou le légataire tenu personnellement. Le légataire particulier n'est pas obligé, comme la caution qui possède le bénéfice de discussion (art. 1943), d'indiquer les biens à discuter et d'avancer les deniers requis à cette fin, car il n'est pas débiteur lui-même. Le créancier, porte encore l'article 886, doit s'être prévalu à temps du droit de séparation de patrimoines. La loi ne fixe pas un délai précis pour l'exercice de ce droit. L'article 743 dit que le droit de séparation de patrimoines peut être exercé tant que les biens existent entre les mains des héritiers ou des légataires universels ou à titre universel, ou sur le prix de l'aliénation s'il est encore dû. Et, comme je l'ai fait remarquer dans mon tome 3, p. 608, notre code n'a pas établi de prescription contre l'exercice de ce droit (*b*). Cependant, il s'agit ici de protéger le légataire particulier qui ne doit lui-même rien au créancier. Je crois donc que le créancier doit avoir exercé le droit de séparation à temps pour empêcher la dissipation des biens du testateur. Toute négligence à cet égard serait une fin de non-recevoir contre sa demande en réduction des legs.

Mais je suis également d'avis qu'il ne faut pas exagérer la

(*a*) Bourjon, *Droit commun de la France, Des testaments*, 3e partie, ch. 3, sec. I, no 13 ; Guyot, *Répertoire*, vo *Légataire*, p. 96.

(*b*) On ne saurait voir une prescription ou la fixation d'un délai emportant déchéance dans la disposition de l'article 2106, qui porte que les créanciers et légataires qui demandent la séparation de patrimoines conservent la préférence sur les biens de leur débiteur décédé, à l'encontre des créanciers, des héritiers ou représentants légaux de ce dernier, " pourvu qu'ils enregistrent, dans les six mois du décès de leur débiteur, " les droits qu'ils ont contre sa succession." Il n'est question ici que de la conservation du privilège du créancier héréditaire et non pas de la déchéance de son droit de requérir la séparation de patrimoines. Mais il me paraît hors de doute que le fait que le créancier aurait négligé de faire enregistrer son droit, et se serait ainsi laissé primer par le créancier de l'héritier, pourrait être invoqué par le légataire particulier contre qui il demanderait la réduction du legs.

portée de ces dispositions. Si la négligence du créancier n'a pas porté préjudice au légataire, comme si, par exemple, l'héritier n'avait point de biens que le créancier pût discuter, le légataire n'ayant pas souffert par le défaut du créancier et ce dernier n'ayant pu retirer davantage même s'il eût été vigilant, il me paraît que la demande en réduction n'en devra pas moins être maintenue. Il en serait manifestement de même si le créancier s'était trouvé en face d'un héritier bénéficiaire, car alors il ne pouvait être question de discuter les biens de cet héritier. Ce tempérament est conforme non seulement à l'équité, mais encore aux principes du droit.

Mais quelle est la position du légataire particulier à l'égard d'un créancier conditionnel ? Pothier (*a*) répond qu'il n'y a rien à retenir pour raison de dettes conditionnelles dont la condition est encore pendante, ou des dettes contestées, puisqu'il n'est pas certain qu'il soit rien dû. Mais il ajoute que l'héritier peut demander que les légataires auxquels il fait l'abandon lui donnent caution de rapporter la part dont les biens abandonnés doivent être tenus du paiement de ces dettes, si la condition se réalise ou qu'il soit jugé que la dette est due, et que faute de donner cette caution, on doit laisser en dépôt la somme à laquelle pourra monter cette part. C'est la règle qu'on suit en matière de distribution du prix de biens vendus en justice (art. 800 C. P. C.).

Le deuxième alinéa de l'article 886 ajoute que " le créancier n'exerce la réduction contre chacun des légataires particuliers que pour une partie proportionnelle à la valeur de son legs, mais les légataires particuliers peuvent se libérer en rendant le legs ou sa valeur."

Cette disposition est conforme aux principes que j'ai exposés. Le légataire particulier n'est pas le débiteur du créancier, il n'est tenu envers lui que quant à la chose qui lui a été léguée. Donc l'action du créancier se restreindra à ce legs ; le légataire n'est responsable de la dette que pour une part proportionnée à la valeur de son legs et il se libérera entièrement en rendant ce legs ou sa valeur.

Dans la cause de *Matte & Laroche* (8 R. L., p. 517), la cour d'appel a jugé que le créancier d'un testateur qui a discuté les biens de la succession, sans avoir été payé, peut poursuivre un légataire particulier d'un immeuble, pour qu'il soit tenu de le rapporter et de le délaisser en justice, si mieux il n'aime payer

---

(*a*) *Donations testamentaires*, n° 195.

la créance du demandeur ; et qu'en ce cas le défendeur, qui a fait des impenses pour lesquelles il a une créance privilégiée sur l'immeuble dont on lui demande le délaissement, n'a pas le droit de retenir cet immeuble jusqu'à ce qu'il ait été payé de ses impenses, mais qu'il peut exercer sa créance privilégiée sur le prix de l'immeuble, lequel devra être vendu sur un curateur au délaissement dans le cas où le défendeur ne se prévaudrait pas de l'option qui lui est offerte de payer la créance du demandeur.

Il va sans dire, puisque le légataire particulier ne prime pas le créancier héréditaire, que les créanciers du légataire ne sauraient le faire non plus, car ils n'ont pas plus de droits que leur débiteur. Il s'ensuit que le créancier héréditaire se fera payer sur la chose léguée de préférence aux créanciers du légataire. C'est du reste ce que porte en ces termes le premier aliéna de l'article 887 :

" Le créancier de la succession a, dans le cas de réduction " du legs particulier, un droit de préférence sur la chose léguée, " à l'encontre des créanciers du légataire, comme dans la sépa- " ration des patrimoines."

La séparation de patrimoines existe ici par le fait même de l'action en réduction du legs particulier. Le créancier n'a pas besoin de la demander. Mais ce n'est une séparation de patrimoines que quant à l'objet du legs, ou plutôt cet objet du legs n'entre dans le patrimoine du légataire que sous l'obligation de contribuer au paiement des dettes héréditaires, et il compte encore parmi les biens de la succession, comme ceux recueillis par l'héritier en cas de séparation de patrimoines. L'effet de la demande en réduction de legs est donc d'empêcher la confusion de l'objet du legs avec les biens propres du légataire.

Quelle est la position du légataire particulier après qu'il a subi la réduction du legs ? J'ai dit qu'il est créancier de l'héritier ou du légataire tenu au paiement de son legs, mais que le droit du créancier héréditaire prime le sien. Mais il reste toujours créancier du débiteur de son legs et ce dernier doit l'indemniser de la réduction qu'il est forcé de subir. C'est ce droit que le deuxième alinéa de l'article 887 consacre en ces termes :

" Le légataire particulier préjudicié par la réduction, a son " recours contre les héritiers ou légataires tenus personnelle- " ment, avec subrogation légale à tous les droits du créancier " payé."

Il semblerait que ce recours serait superflu puisque le créan-

cier doit avoir discuté l'héritier ou le légataire tenu personnellement, ce qui suppose qu'il aurait, avant d'avoir demandé la réduction du legs particulier, fait vendre les biens saisissables de l'héritier. Mais cet héritier peut acquérir des biens dans la suite, ou bien le débiteur du legs peut être un légataire particulier qui ne serait pas tenu envers le créancier (*a*). A tout événement, puisque le légataire particulier contribue au paiement d'une dette qui n'est pas la sienne, il n'est que raisonnable de le subroger aux droits de celui qu'il désintéresse. La disposition que j'ai citée n'est du reste que la conquence de l'article 735.

2° *De la réduction des legs entre les légataires particuliers.*—Il s'agit ici de la seconde hypothèse dont j'ai parlé plus haut. Les créanciers héréditaires ont été payés, mais il ne reste pas, dans la succession ou dans le patrimoine de l'héritier qui n'a pas pris la qualité de bénéficiaire, assez de biens pour solder la créance des légataires particuliers. Ainsi, Pierre laisse une fortune de $30,000 et son héritier ou légataire universel possède pour $10,000 de biens. Les dettes héréditaires se montent à $20,000 et les legs particuliers à $30,000. Comme il n'y a qu'un actif de $40,000 pour faire face à un passif de $50,000, il y aura un déficit de $10,000. Les créanciers héréditaires ne perdront rien, car ils priment les légataires particuliers. Il ne restera donc que $20,000 pour solder des legs au montant de $30,000. Les légataires souffrent une perte de $10,000, soit le tiers du montant entier. Il ne s'agit plus que de répartir ce déficit parmi les légataires. S'ils sont tous légataires de sommes d'argent et qu'aucun d'eux n'ait un titre de préférence sur l'autre, le cas ne souffre aucune difficulté ; ils perdront chacun le tiers de leur legs. Ainsi, il y a dix légataires à chacun desquels le testateur a légué $3,000. Ils ne prendront que $2,000 chacun. L'actif qui reste, après le paiement des créanciers, est leur gage commun, et ils y concourent, comme les créanciers chirographaires, au marc la livre (art. 1981). Si l'un d'eux a un titre de préférence, il primera les autres, ou si le testateur a légué à l'un des légataires un corps certain, comme il a conféré à ce légataire un droit exclusif à cette chose à l'égard des autres légataires, ce légataire aura sur cette chose un titre de préférence, et il le prendra sans être tenu de contribuer au paiement des autres legs qui ne sont pas préférés au sien. Ce

(*a*) Dans ce cas la subrogation au droit du créancier n'aiderait en rien au recours du légataire.

sont ces principes élémentaires que l'article 885 énonce en ces termes :—

885. " En cas d'insuffisance des biens de la succession ou de " l'héritier ou légataire tenu au paiement, les legs qui ont la " préférence sont payés d'abord, et ensuite le partage se fait " entre les autres légataires au marc la livre en proportion de " la valeur de chaque legs. Les légataires d'une chose certaine " et déterminée la prennent sans être tenus de contribuer à " remplir les autres legs qui ne sont pas préférés au leur."

J'ai dit que l'article 885 ne fait qu'énoncer des principes élémentaires, principes qui sont en tout conformes à la doctrine de l'ancien droit. Mais, sur ce sujet, le code Napoléon a innové. Parlant du cas où il y a lieu de déduire la quotité disponible du montant des legs, l'article 926 de ce code pose le principe que lorsque les dispositions testamentaires excèdent soit la quotité disponible, soit la portion de cette quotité qui reste après avoir déduit la valeur des donations entrevifs, la réduction se fait au marc le franc, sans aucune distinction entre les legs universels et les legs particuliers. Et l'article suivant ajoute que néanmoins, dans tous les cas où le testateur aura expressément déclaré qu'il entend que tel legs soit acquitté de préférence aux autres, cette préférence aura lieu ; et le legs qui en sera l'objet ne sera réduit qu'autant que la valeur des autres ne remplirait pas la réserve légale.

Il y a dans ces deux dispositions deux innovations importantes à l'ancien droit.

Et d'abord, le code français a innové en statuant que la réduction se ferait sans aucune distinction entre les legs universels et les legs particuliers. Autrefois, dans les pays de coutume comme de droit écrit, le légataire universel subissait le retranchement pour la légitime et acquittait en même temps les legs particuliers, mais, dans le midi de la France, le légataire universel avait le droit de retenir le quart de chaque legs, qu'on appelait la quarte Falcidie, et cela qu'il y eût ou non des légitimaires.

Dans le droit français moderne, on a présumé que le testateur avait préféré son légataire universel aux légataires particuliers (*a*). Donc la réduction atteindra les uns comme les

---

(*a*) Il n'est pas douteux que cette préférence existe dans la plupart des cas, mais il ne faut pas oublier que le legs particulier est une dette de la succession et que le légataire universel acquitte toutes les dettes et charges. Il est le continuateur de la personne du défunt et il doit, à ce titre, rencontrer les obligations que ce dernier a contractées. La présomption de

autres, et si le legs universel est réduit de moitié, le legs particulier le sera également. De là quelques difficultés d'application auxquelles nous échappons grâce à la règle plus simple et plus juridique de notre droit.

La seconde innovation, c'est que l'article 927 du code Napoléon admet la préférence d'un legs lorsque le testateur a expressément déclaré sa volonté à cet égard. L'ancien droit, nous le verrons, se contentait d'une volonté tacite que faisait présumer la nature du legs. Mais on ne va pas, dans le droit français moderne, jusqu'au point d'exiger des termes sacramentels ; pourvu que l'intention du testateur résulte suffisamment des termes du legs, la préférence sera admise, comme, par exemple, lorsqu'une garantie hypothécaire a été accordée (*a*).

Pour revenir maintenant à notre article 885, la seule question qui puisse offrir de la difficulté dans la pratique, c'est de déterminer quels legs ont la préférence. La règle la plus sûre, c'est de consulter les termes du testament, car le testateur peut donner la préférence à qui il veut, et, à l'inverse, quand le testateur ne s'en est pas exprimé, on peut présumer qu'il entendait que ses légataires fussent placés sur le même pied. Ainsi, le testateur a-t-il accordé une hypothèque à l'un de ses légataires : il est évident que ce légataire doit être payé avant ceux qui n'ont pas d'hypothèque, et quant à ceux-ci, comme le testateur les a laissés sans la garantie qu'il a donnée au légataire favorisé de l'hypothèque, il est censé avoir voulu qu'ils concourussent tous également. Cependant, la nature même du legs peut indiquer l'intention du testateur de conférer un droit de préférence au légataire. On enseignait ainsi dans l'ancien droit que le legs fait par forme de restitution devait être préféré aux autres (*b*), et il me semble qu'on pourrait étendre la même faveur au legs rémunératoire. Mais le fait qu'un legs serait écrit avant un autre, ne suffirait pas pour lui donner un titre de préférence, et il en serait ainsi quand même le premier legs se trouverait au testament et le second à un codicille fait plusieurs années plus tard, car toutes les dispositions testamentaires, indépendamment de leur date,

---

l'ancien droit comme du nôtre est donc que le testateur n'a entendu laisser au légataire universel que le résidu de ses biens, après toutes les charges acquittées.

(*a*) Comp. M. Huc, t. 6, nº 175.

(*b*) Guyot, Répertoire, vº Légataire, p. 85.

prennent effet au décès du testateur. Dans l'ancien droit on ne donnait pas la préférence au legs pieux, mais encore là il faudrait consulter les termes du legs, car l'intention du testateur dans ces cas est souvent de réparer quelque injustice ou de s'assurer le bénéfice de prières, ce qui semble indiquer sa volonté de donner à ces legs la préférence sur d'autres legs qui n'ont en vue que le bien-être matériel des légataires. D'autres circonstances de parenté ou d'amitié peuvent également être invoquées quand elles démontrent l'intention évidente du testateur de favoriser son parent ou son ami plutôt qu'une personne qui lui était étrangère. Ainsi il a nommé son fils son légataire universel et il a légué à sa fille une somme d'argent, pour lui tenir lieu de sa part héréditaire, en même temps qu'il léguait une autre somme d'argent à un étranger. Il me semble que l'on ne saurait, dans ce cas, douter de l'intention du testateur de préférer sa fille à cet étranger. J'en dirais autant du legs d'une pension alimentaire faite en faveur d'une personne que le testateur voulait assurer contre la mendicité.

Tous ces exemples font bien voir qu'il ne s'agit au fond que d'interpréter le testament et de se demander si le testateur a voulu que l'un de ses légataires primât l'autre. En effet, pourquoi le légataire d'un corps certain est-il préféré, si ce n'est que l'on présume que le testateur, lui léguant cette chose à l'exclusion de tout autre, a voulu qu'il le prît, quel que fût d'ailleurs le sort de ses autres legs qu'il n'a pas préférés à celui-là ? Par application de ce principe, chaque fois que le testateur, en léguant une chose indéterminée individuellement, telle qu'une somme d'argent, a manifesté l'intention que son légataire eût l'objet du legs à tout événement, il faut donner la préférence à ce legs sur les autres dispositions testamentaires où pareille intention ne paraît pas.

Notre article 885 ajoute qu'après paiement des legs qui ont la préférence, le partage se fait entre les autres légataires au marc la livre, en proportion de la valeur de chaque legs. Il s'agit alors de faire une distribution entre les légataires, et cette distribution se fera comme celle qui a lieu entre créanciers chirographaires lorsque le débiteur commun est insolvable. Il pourra y être procédé sous la direction d'un officier de ustice c d'une personne nommée par la cour, ou bien le tribunal peut lui-même, lorsque les deniers sont rapportés, les distribuer à qui de droit.

VII. En quels cas le légataire particulier est-il personnellement tenu des dettes ou charges de la succession ?—J'ai dit à plusieurs reprises que le légataire particulier n'est pas, en principe, tenu des dettes héréditaires, et que ces dettes ne l'atteignent qu'indirectement, lorsque le créancier demande contre lui la réduction de son legs. Toutefois, il est certains cas où le légataire particulier est lui-même débiteur d'une dette de la succession. J'exposerai succinctement trois hypothèses où, sauf dans le cas de la dernière, cette responsabilité incombe au légataire particulier. Je parlerai en quatrième lieu du droit du légataire particulier qui est chargé d'une dette de la succession d'accepter le legs sous bénéfice d'inventaire.

1° *Le légataire est expressément chargé de la dette par les termes du testament.*—Il ne peut y avoir de difficulté ici, la seule chose à remarquer étant que le créancier n'est pas privé du droit de s'adresser à l'héritier ou au légataire universel ou à titre universel, mais si ceux-ci ont acquitté la dette, ils ont leur recours contre le légataire particulier qui en était chargé. J'ai expliqué ce principe en commentant l'article 877. Il va sans dire que dans ce cas le légataire particulier est tenu de la dette *ultra vires bonorum.*

2° *Le legs comprend une universalité d'actif et de passif.*—Lorsque le testateur lègue une universalité d'actif et de passif, on présume qu'il n'a légué l'actif que sous la charge d'acquitter le passif. Donc, le légataire qui recueille cette universalité est seul tenu des dettes qui la grèvent. C'est la règle que l'article 884 pose en ces termes :—

884. " Lorsqu'un legs à titre particulier comprend une uni-
" versalité d'actif et de passif, comme par exemple une cer-
" taine succession, le légataire de cette universalité est tenu
" seul et personnellement des dettes qui s'y rattachent, sauf
" les droits des créanciers contre les héritiers et les légataires
" universels ou à titre universel, qui ont leur recours contre le
" légataire particulier " (*a*).

Ce legs d'universalité était appelé en droit romain un *nomen juris*, et si le légataire particulier qui le recueille est tenu des dettes qui le grèvent, c'est que le testateur ne lui a pas légué les biens qui composent l'universalité, mais l'universalité elle-même, en d'autres termes, l'actif en même temps que le passif.

(*a*) Cet article n'existe pas dans le code Napoléon, mais la règle qu'elle énonce n'est pas contestée dans le droit français moderne. Voy. Proudhon, *Usufruit*, nos 1025-28 et 1045, cité par les codificateurs ; Demolombe, t. 21, no 657 et M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, no 623.

Tel était, dans le droit romain, le legs du pécule de l'esclave, c'est-à-dire ce que le maître avait remis à l'esclave pour exercer un commerce ou une industrie, ainsi que les créances que l'esclave avait acquises, les profits qu'il avait faits et les dettes qu'il avait contractées. Et l'héritier n'était tenu de faire la délivrance du legs qu'autant que le légataire lui donnait caution qu'il ne serait jamais recherché à raison des dettes inhérentes au pécule.

Comme notre article le dit, le légataire d'une semblable universalité est tenu seul et *ultra vires bonorum* des dettes qui la grèvent, mais ici encore le créancier peut s'adresser à l'héritier ou au légataire universel ou à titre universel, sauf le recours de ce dernier contre le légataire particulier.

Il n'est pas nécessaire de tenter l'énumération des universalités dont parle l'article 884. Le législateur cite le cas du legs d'une succession. Il y a aussi celui d'un fonds de commerce, lequel constitue également une universalité d'actif et de passif.

3° *L'immeuble légué était grevé d'une hypothèque, d'un usufruit ou d'une servitude.*—Nous rencontrons à l'article 889 une disposition qu'il n'est pas aussi facile d'expliquer que les dispositions que je viens de citer. Cet article est en ces termes :

889. " Si avant le testament ou depuis l'immeuble légué a " été hypothéqué pour une dette restée due, ou même s'il se " trouve hypothéqué pour la dette d'un tiers, connue ou non " du testateur, l'héritier ou le légataire universel ou à titre " universel n'est pas tenu de l'hypothèque, à moins qu'il n'en " soit chargé en vertu du testament.

" L'usufruit constitué sur la chose léguée est aussi supporté " sans recours par le légataire particulier. Il en est de même " des servitudes.

" Si cependant l'hypothèque pour une dette étrangère " inconnue au testateur affecte en même temps le legs parti- " culier et les biens demeurés dans la succession, rien n'empêche " que le bénéfice de division ait lieu réciproquement."

Le premier alinéa de l'article 889 est indiqué comme innovant à l'ancien droit. En effet Pothier (*a*) enseignait, suivant une distinction empruntée au droit romain, que bien que l'héritier fût tenu en principe de dégager la chose léguée, lorsqu'elle se trouvait engagée pour une dette de la succession

(*a*) *Donations testamentaires*, n° 258.

ou même d'un tiers, il n'en était ainsi, quant à l'hypothèque qui garantissait la dette d'un tiers, que lorsque le testateur avait su que la chose léguée était engagée. Quand le testateur ignorait l'hypothèque consentie pour la dette d'un tiers, l'héritier n'était pas tenu de dégager la chose, à moins qu'il ne parût des circonstances que le testateur y aurait obligé son héritier quand même il l'aurait su. Mais lorsque la chose léguée était engagée pour une dette de la succession, ajoutait Pothier, " il n'y a aucun doute que l'héritier doit indistincte- " ment l'acquitter, puisqu'il est tenu des dettes de la succession."

Donc, selon l'ancien droit, l'héritier était tenu dans tous les cas d'acquitter la dette de la succession pour laquelle l'immeuble se trouvait hypothéqué. Et il devait également acquitter la dette étrangère quand le testateur avait su que l'immeuble y était hypothéqué ; il n'échappait à cette obligation que lorsque le testateur avait ignoré l'existence de l'hypothèque, sauf au légataire particulier à faire voir que le testateur y aurait astreint son héritier s'il avait connu la charge.

Les codificateurs disent que l'article 889 est absolument corrélatif à l'article 881. On ne voit guère, cependant, la corrélation entre les deux articles, si ce n'est que, dans le cas du legs de la chose d'autrui, il est indifférent que le testateur ait ou n'ait pas su que la chose ne lui appartenait pas, et que, lorsqu'il s'agit d'une hypothèque, il n'importe pas que le testateur ait connu la dette ou qu'il l'ait ignorée.

Il ne me paraît pas douteux que les codificateurs se sont inspirés de l'article 1020 du code Napoléon, lequel, également, a écarté la distinction de l'ancien droit. Cet article se lit ainsi qu'il suit :

" Si, avant le testament ou depuis, la chose léguée a été
" hypothéquée pour une dette de la succession, ou même pour
" la dette d'un tiers, ou si elle est grevée d'un usufruit, celui
" qui doit acquitter le legs n'est point tenu de la dégager, à
" moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition
" expresse du testateur."

Il y a d'autres dispositions dans notre code comme dans le code Napoléon, sur l'hypothèse que prévoient les articles que je viens de citer. Je les reproduirai avant d'aller plus loin.

L'article 741 de notre code porte que " le légataire particu- " lier qui acquitte la dette hypothécaire lorsqu'il n'en est pas " tenu, pour libérer l'immeuble à lui légué, a son recours contre

" ceux qui viennent à la succession, chacun pour leur part, " avec subrogation comme tout autre acquéreur à titre parti- " culier."

Et l'article 874 du code Napoléon, qui correspond à notre article 741, dit que "le légataire particulier qui acquitte la " dette dont l'immeuble légué était grevé, demeure subrogé " aux droits du créancier contre les héritiers et successeurs à " titre universel."

En France, la doctrine est d'accord pour enseigner que l'article 1020 du code Napoléon ne contredit pas l'article 874, quant à l'obligation de l'héritier ou du légataire universel ou à titre universel d'acquitter la dette de la succession dont l'immeuble légué à titre particulier est hypothéqué. L'article 1020, dit-on, n'est que la conséquence du principe, vrai dans notre droit comme dans le droit français, qui veut que le légataire particulier prenne la chose léguée dans l'état où elle se trouve au décès du testateur. Donc, le légataire particulier, qui demande la délivrance du legs, ne peut pas exiger que le débiteur de ce legs fasse disparaître l'hypothèque, et qu'à cette fin il paie la dette même avant son échéance ou l'avènement de la condition qui l'affecte, mais si le légataire particulier paie la dette pour échapper à l'action hypothécaire du créancier, il aura son recours contre l'héritier ou le légataire universel ou à titre universel (*a*).

Notre article contient des expressions qui rendent cette solution moins facile. Ainsi, il ne dit pas, comme l'article 1020 du code Napoléon, que l'héritier ou légataire universel n'est pas tenu de *dégager* la chose léguée, il dit formellement qu'il " *qu'il n'est pas tenu* de l'hypothèque à moins qu'il n'en soit " chargé en vertu du testament" (*b*). Et nous ne pouvons pas prétendre ici, comme en France, qu'il s'agit de l'un des incidents de la demande en délivrance du legs, car cette demande n'existe pas dans notre droit, et, du reste, le légataire particulier n'a plus besoin de demander la délivrance de la chose cer-

(*a*) Comp. Demolombe, t. 21, nº 659, et M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, nº 617.

(*b*) Le législateur ne semble pas sûr de lui-même. Il ne va pas assez loin, à mon avis, pour faire voir qu'il voulait mettre la dette hypothécaire à la charge du légataire particulier, et les expressions qu'il emploie, incertaines et jusqu'à un certain point équivoques, donnent lieu à des doutes sérieux. Aussi, nous ne serons pas étonnés de voir plus loin que l'interprétation de l'article 889, a, dans une espèce remarquable, divisé, presque également, nos juges les plus éminents.

taine et déterminée qui lui a été léguée, puisqu'il en est saisi de plein droit dès le décès du testateur. Ajoutons que dans leur rapport (t. 2, p. 182), les codificateurs disent qu'il ne faut pas présumer que le testateur a voulu " libérer le légataire " particulier au préjudice de l'héritier ou du légataire univer- " sel," expression qui paraît supposer qu'en principe, le légataire particulier est tenu d'acquitter la dette hypothécaire.

Cependant, je crois que la solution contraire est la seule vraie. C'est un principe fondamental de notre droit que le légataire particulier qui ne représente nullement le défunt, n'est tenu personnellement des dettes de la succession que lorsque cette charge lui est imposée par une disposition expresse du testament. L'article 735 dit qu'il n'est obligé d'acquitter ces dettes " qu'au cas d'insuffisance des autres biens, *et aussi* " *hypothécairement avec recours contre* ceux tenus personnel- " lement," et ce recours lui est expressément conservé par l'article 741. C'est également un principe fondamental que l'héritier ou le légataire universel, comme représentant du défunt et continuateur de sa personne juridique, est seul tenu personnellement des dettes de la succession. Si donc on interprète l'article 889 comme mettant la dette hypothécaire à la charge du légataire particulier, on viole ces principes essentiels de notre droit et on arrive au résultat étrange que, bien que l'héritier soit en principe tenu de toutes les dettes de la succession, il n'est pas tenu de celles qui sont assurées par une hypothèque consentie par le défunt sur l'immeuble qu'il a légué à titre particulier. En d'autres termes, sans l'hypothèque, l'héritier serait tenu de la dette ; et grâce à cette hypothèque, qui n'est qu'un accessoire de la dette et ne forme peut-être qu'une garantie illusoire, il échapperait à son obligation ! Telle n'a jamais été la doctrine de notre droit et il faudrait un texte bien autrement formel que ne l'est l'article 889 pour pouvoir le prétendre. Du reste, qu'est-ce que le légataire particulier vis-à-vis du créancier hypothécaire, si ce n'est un tiers-détenteur ? Or, le tiers-détenteur n'est pas débiteur personnel, et s'il paie, il a son recours contre celui qui a consenti l'hypothèque. Si donc il y avait contradiction entre l'article 889 et les articles 735 et 741, je ferais prévaloir ces derniers, mais je ne crois pas que cette contradiction existe. La portée de l'article 889 me paraît être, que le légataire particulier ne peut forcer l'héritier ou le légataire universel de dégager l'immeuble de l'hypothèque qui le grève (*a*). On lui a légué un immeuble

(*a*) Il le pourrait, sans doute, si le testateur l'ordonne expressément,

hypothéqué et il le prendra dans cet état, mais si, pour conserver cet immeuble, il est obligé de payer la dette, il aura son recours contre le débiteur dont il a acquitté l'obligation. Il est subrogé par son paiement aux droits du créancier, et son recours contre le débiteur est la conséquence nécessaire de cette subrogation (*a*).

La question de l'interprétation de l'article 889 s'est soulevée dans la cause de *Harrington* & *Corse* (cour d'appel, 26 L. C. J., p. 79 ; cour suprême, 28 L. C. J., p, 139, et 9 *Supreme Court Repts*, p. 412). Il s'agissait d'un légataire particulier que l'exécuteur testamentaire, poursuivi à raison d'une dette du testateur garantie par hypothèque sur l'immeuble légué au légataire particulier, poursuivait lui-même en garantie. Dans la cour supérieure, le juge Rainville a donné gain de cause à l'exécuteur testamentaire, décidant que la seule interprétation raisonnable à donner à l'article 889, est que le légataire particulier est personnellement responsable de la dette hypothécaire qui frappe l'immeuble qui lui a été légué. La cause fut portée en appel et ce jugement fut confirmé par trois juges (sir A. A. Dorion, Ramsay et Baby) contre deux (Tessier et Cross). Appel fut interjeté à la cour suprême où les six juges, moins le juge Strong qui a fait enregistrer son dissentiment, ont infirmé la décision de la cour d'appel et de la cour supérieure pour le motif que le testateur, en ordonnant à ses exécuteurs testamentaires de payer toutes ses dettes justes, leur avait imposé l'obligation de payer la dette dont il s'agissait. Mais les juges Fournier, Taschereau et Gwynne ont formellement décidé que lorsque le testateur n'impose pas expressément à son légataire l'obligation d'acquitter l'hypothèque qui grève l'immeuble à lui légué, l'article 889 ne comporte pas l'interprétation que ce légataire doit payer la dette hypothécaire sans recours contre l'héritier ou le légataire particulier.

Le fait que tant de juges éminents se sont divisés sur cette question fait bien voir combien elle est difficile. Cependant elle me paraît réglée dans le sens que j'ai indiqué, car, en mai 1883 (la date précise n'est pas donnée), peu après le jugement de la cour suprême qui fut rendu le 19 avril 1883, la cour d'appel

---

et une telle clause pourrait donner lieu à de graves difficultés pratiques. Comp. Demolombe, nº 730.

(*a*) La version anglaise de l'article 889 favorise cette interprétation. Elle porte que l'héritier ou le légataire universel " is not bound to discharge the hypothec ; " or "*discharge*" correspond à "*dégager*."

a confirmé à l'unanimité, dans une cause de *Penisson* v. *Penisson* (9 Q. L. R., p. 122), un jugement de la cour supérieure qui avait jugé que le légataire particulier, en l'absence d'une demande de réduction par les créanciers du testateur, n'est pas tenu au paiement des dettes de celui-ci, pas même de celles garanties par hypothèque sur les immeubles à lui légués, et que le légataire universel est seul tenu de ces dettes.

Dans la dernière cause, les mêmes juges ont pris part au jugement que dans *Harrington* & *Corse*, sauf le juge Ramsay qui était remplacé par le juge Monk. La cour d'appel paraît donc avoir abandonné sa première opinion, et cela me semble fixer la jurisprudence sur la question.

Ce que je viens de dire a pleine application lorsque la dette qui porte hypothèque sur l'immeuble légué était une dette de la succession. Si, au contraire, c'est la dette d'un tiers, le légataire particulier ne peut exiger que l'héritier ou le légataire universel fasse disparaître l'hypothèque, mais s'il paie cette dette, comme il se trouve subrogé aux droits du créancier, il exercera ses recours contre le tiers débiteur ou même contre l'héritier ou le légataire universel ou à titre universel du testateur, si ce dernier s'était rendu caution de la dette.

Le troisième alinéa de l'article 889, qui ne se trouve pas à l'article 1020 du code Napoléon, ajoute que le bénéfice de division peut être réclamé réciproquement lorsque l'hypothèque, pour une dette étrangère inconnue au testateur, affecte en même temps le legs particulier et les biens demeurés dans la succession.

Quel est ce bénéfice de division ? Les auteurs cités par les codificateurs ne s'en expliquent pas, mais nous trouvons la même expression ailleurs dans le code. Ainsi, les débiteurs solidaires ne peuvent opposer ce bénéfice (art. 1107) ; au contraire, chacune des cautions d'un même débiteur pour une même dette, bien qu'elle soit obligée à toute la dette, peut, si elle n'a pas renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise son action et la réduise à la part et portion de chaque caution (art. 1945, 1946).

Cependant, la pensée du législateur ne me paraît pas difficile à saisir. Le légataire particulier, d'un côté, et l'héritier ou le légataire universel, de l'autre, sont tous deux, à raison de biens qui sont en leur possession, assujétis à l'action hypothécaire du créancier de la dette étrangère inconnue au testateur et dont partant il n'était lui-même responsable qu'hypothécairement. L'hypothèque portant tout entière sur chacun

des immeubles (art. 2017), ils ne peuvent, à mon avis, demander que le créancier divise son recours. Telle ne me paraît pas, non plus, être la portée de l'article 889 qui, disant que rien n'empêche que le bénéfice de division ait lieu réciproquement, indique clairement qu'il s'agit de recours entre les deux tiers détenteurs. Vis-à-vis du créancier hypothécaire chaque tiers détenteur n'a qu'une alternative : payer la dette en son entier ou délaisser l'immeuble qu'il détient. Vis-à-vis du débiteur de cette dette, ils sont un peu comme ses cautions, mais ils ne sont pas tenus personnellement, ils ne sont obligés que *propter rem* et ils ont leur recours contre ce débiteur, recours, il est vrai, qui peut être illusoire. A l'égard l'un de l'autre, ils sont coobligés d'une même dette, chacun d'eux par rapport à l'immeuble hypothéqué à cette dette qu'il détient.

Il ne reste plus qu'à déterminer la base de la division, et c'est le point le plus délicat. Malgré que les rapports des tiers détenteurs avec le débiteur hypothécaire soient un peu ceux de la caution et du débiteur principal, je ne crois pas qu'il nous soit permis de diviser la dette également entre eux en appliquant les principes énoncés aux articles 1945 et 1946, car chacun d'eux n'est tenu que *propter rem*, en ce sens qu'il ne peut garder la chose et refuser de payer la dette, et qu'il se libère entièrement en abandonnant cette chose. Donc que chacun d'eux délaisse l'immeuble qu'il détient : je ne crois pas qu'il puisse être question de recours entre eux, en supposant que chaque immeuble a été vendu, et que ni l'un ni l'autre n'a rien retiré de la vente après paiement de la dette hypothécaire. En effet, chacun d'eux s'est libéré de la dette, et leur situation est la même que si les biens, avec la charge qui les a absorbés, ne leur eussent pas été légués. Mais il sera, au contraire, question de division et de recours, si l'un des tiers détenteurs, pour conserver l'immeuble qui lui avait été légué, a désintéressé le créancier hypothécaire. Dans ce cas il a payé la dette dont l'autre tiers détenteur était tenu *propter rem*, et ce dernier en a bénéficié jusqu'à concurrence de la valeur de cette chose qu'il a conservée. La base de la division me paraît donc être la valeur de chaque immeuble, car c'est jusqu'à concurrence de cette valeur que chaque tiers détenteur est responsable de la dette. Supposons que le légataire universel a reçu un immeuble de la valeur de $10,000, et le légataire particulier un immeuble de $5,000, tous deux hypothéqués à une dette étrangère inconnue au testateur. Chacun d'eux étant tenu

propter rem, le légataire universel est tenu jusqu'à concurrence de $10,000 et le légataire particulier jusqu'à concurrence de $5,000, avec faculté, pour chacun d'eux, de se libérer par le délaissement. Donc, cette dette se partage entre eux dans la proportion de deux tiers pour le légataire universel et d'un tiers pour le légataire particulier. Par conséquent, si celui-ci paie toute la dette, il pourra en réclamer les deux tiers au légataire universel, sauf à ce dernier à délaisser son immeuble comme il aurait pu le faire sur l'action hypothécaire du créancier.

Cette solution me paraît découler des principes, mais comme la question est nouvelle, qu'elle n'a jamais été résolue dans notre jurisprudence, je n'ai pas moi-même la prétention de la trancher.

L'article 889 ajoute que l'usufruit constitué sur la chose léguée est aussi supporté sans recours par le légataire particulier et qu'il en est de même des servitudes. Cette disposition est conforme au droit français ancien et moderne et ne peut donner lieu à aucune difficulté. Il est vrai que dans le droit romain on enseignait que l'héritier devait racheter l'usufruit, mais cette décision n'avait pas trouvé faveur dans notre ancien droit. L'usufruit étant un droit temporaire, on a toujours présumé que le testateur entendait que la chose léguée serait délivrée au légataire lorsqu'elle pourrait l'être, c'est-à-dire à la cessation de l'usufruit (*a*). D'ailleurs, dans ce cas, le legs porte sur la nue propriété dont le légataire est saisi à la mort du testateur, et à l'expiration de l'usufruit, il entrera en pleine jouissance de la chose.

4° *Du droit du légataire particulier, lorsqu'il est tenu d'une dette de la succession, d'accepter le legs sous bénéfice d'inventaire.*—Lorsque le légataire particulier est tenu d'une dette de la succession, il en est, comme l'héritier ou le légataire universel ou à titre universel, tenu *ultra vires bonorum*. Il est donc logique qu'il puisse comme eux accepter le legs sous bénéfice d'inventaire. Nous trouvons d'ailleurs une disposition expresse à cet égard au deuxième alinéa de l'article 878 qui est en ces termes :

" Le légataire à titre particulier auquel le testament impose " des dettes et charges dont l'étendue est incertaine, peut, " comme l'héritier et le légataire universel, n'accepter que sous " bénéfice d'inventaire."

(*a*) Comp. Pothier, n° 259.

Cette disposition est de droit nouveau. Avant le code, je l'ai dit plus haut, le légataire, à quelque titre que ce fût, pouvait échapper au paiement des dettes en abandonnant les biens légués et en rendant compte (*a*). Cet abandon ne lui est plus ouvert et il doit comme l'héritier accepter sous bénéfice d'inventaire.

Mais je ne crois pas que le légataire particulier soit privé du droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire lorsque l'étendue des dettes et charges qu'on lui impose est certaine. Ce serait à mes yeux abuser des termes de l'article 878 que de le prétendre. Puisqu'on assimile le légataire particulier à l'héritier et au légataire universel, on doit lui reconnaître les mêmes privilèges.

VIII. Du cas où un legs particulier est fait au créancier du testateur. —L'article 890, qui reproduit textuellement la disposition de l'article 1023 du code Napoléon, porte que le legs fait au créancier n'éteint pas sa créance. Il se lit ainsi qu'il suit :

890. " Le legs fait au créancier n'est pas censé en compen-" sation de sa créance, ni le legs fait au domestique en com-" pensation de ses gages " (*b*).

Il y avait controverse sur ce point dans l'ancien droit, mais on ne saurait nier que la règle de l'article 890 est conforme à la nature même du legs, car toute donation est censée se faire à titre de libéralité, ce qui exclut l'idée d'un paiement. Toutefois, notre article n'énonce qu'une présomption qui céderait devant la manifestation d'une volonté contraire. Ainsi, si le testateur dit : je lègue une somme de $1000 à Pierre pour le payer de pareille somme que je lui dois, Pierre ne pourra prendre le legs et réclamer sa créance (*c*).

Dans la cause de *Marmen* v. *Royer* (R. J. Q., 2 C. S., p. 399), le juge en chef, sir Napoléon Casault, a jugé que la présomption établie par l'article 890 s'applique à tout legs fait au créancier ou au domestique du testateur, même à un legs purement rémunératoire ; et, que cette présomption ne peut être détruite que par une énonciation à cette fin dans le testament même, ou par l'aveu du créancier ou domestique poursuivant établi suivant les règles de la preuve.

(*a*) *Supra*, p. 359.

(*b*) On aurait pu se dispenser de parler du domestique ; l'expression " créancier " comprenant évidemment le domestique à qui il est dû des gages.

(*c*) Comp. M. Baudry-Lacantinerie, nº 622.

SECTION V.—DE LA RÉVOCATION DES TESTAMENTS ET DES LEGS ET DE LEUR CADUCITÉ (*a*).

Les testaments peuvent manquer d'effet par suite de trois causes. Ils peuvent être nuls, ils ont pu être révoqués, enfin leurs dispositions peuvent se trouver caduques.

La *nullité* est un vice qui détruit le testament au moment même où il a été fait. Il y aura nullité : 1o lorsque le testament n'a pas été fait dans les formes légales ; 2o lorsque le testateur n'avait pas la capacité de tester. Ces causes de nullité ont été expliquées plus haut.

La *révocation* résulte soit de la volonté du testateur qui a anéanti une disposition dont il ne voulait plus, soit d'une décision judiciaire subséquente au décès du testateur, laquelle, dans notre droit, ne peut être prononcée que pour cause d'indignité du légataire, ou par suite d'une condition résolutoire.

La *caducité* (du latin *cadere*, tomber) comprend toutes autres causes qui privent une disposition testamentaire de son effet, qu'elles tiennent ou non à la personne du légataire. Ainsi, un legs est caduc lorsque le légataire ne survit pas au testateur, lorsqu'il n'accepte pas la libéralité qui lui est faite, ou lorsque la chose léguée périt par cas fortuit avant le décès du testateur (*b*).

Il a été question de la nullité du testament dans les sections I et II *supra*. Ici nous étudierons les deux autres causes qui privent d'effet les testaments.

§ I.—*De la révocation des testaments et des legs.*

La révocation d'un testament ou d'un legs peut être l'œuvre du testateur ou le résultat d'une décision judiciaire.

1° *De la révocation volontaire.*

Il est de l'essence du testament qu'il ne prenne effet qu'à la mort du testateur et que ce dernier puisse en tout temps le révoquer (*c*).

(*a*) Cette section, dans le code Napoléon, se trouve à la suite de la section où il est question de l'exécuteur testamentaire, ordre qui me paraît plus logique que celui de notre code.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 633.

(*c*) Voy., à cet effet, la définition du testament à l'article 756.

La faculté de révoquer est aussi essentielle que la faculté de tester ; le testateur même—si ce n'est dans un contrat de mariage—ne peut s'interdire ni l'une ni l'autre. Il ne peut non plus soumettre le testament qu'il pourra faire à des conditions de validité que la loi n'exige pas. En d'autres termes, les clauses dérogatoires sont nulles. Ce sont ces principes élémentaires que l'article 898 énonce en ces termes :

898. " Personne ne peut, si ce n'est quant à l'effet de la " donation à cause de mort par contrat de mariage, abdiquer " la faculté de tester ou de disposer à cause de mort, ou de " révoquer ses dispositions testamentaires. Personne ne peut " non plus soumettre la validité du testament qu'il fera, à des " formalités, expressions ou signes que la loi n'y requiert pas, " ni à d'autres clauses dérogatoires " (*a*).

Les clauses dérogatoires étaient d'un usage assez fréquent avant l'ordonnance de 1535, mais cette ordonnance les proscrivit, reconnaissant qu'elles avaient été une source féconde de procès. Ajoutons qu'on ne pourrait les stipuler même dans un contrat de mariage, car l'exception de l'article 898 ne concerne que l'abdication de la faculté de tester ou de révoquer un testament.

Et quant à cette exception, remarquons qu'elle n'est admise que pour donner effet à une donation à cause de mort dans un contrat de mariage. En d'autres termes, la renonciation à la faculté de tester ou de révoquer un testament, doit constituer une donation à cause de mort ou en être l'incident. Donc, serait nulle la clause d'abdication qui ne remplirait pas cette condition.

Comme corollaire à cette règle, l'article 899 ajoute que " personne ne peut exclure son héritier de sa succession, si " l'acte qui contient l'exclusion n'est revêtu des formes d'un " testament."

J'ai expliqué, *supra*, p. 319, cet article qui est de droit nouveau et ne se trouve pas au code Napoléon.

Donc, le droit du testateur de révoquer son testament étant incontestable, il ne reste plus qu'à préciser les actes qui comportent révocation. A ce propos, remarquons que la révocation volontaire peut être *expresse* ou *tacite*. Je parlerai à tour de rôle de ces deux formes de révocation volontaire.

Cependant, comme le législateur a traité des deux modes de

(*a*) Cet article n'existe pas dans le code Napoléon, mais la règle qu'il énonce est enseignée en France. Comp. M. Baudry-Lacantinerie, nº 635.

révocation dans un article unique, l'article 892, je citerai cet article en son entier avant de le scinder pour mieux l'expliquer.

892. " Les testaments et les legs ne peuvent être révoqués " par le testateur, que :

1° " Par un testament postérieur qui les révoque expressément ou par la nature de ses dispositions ;

2° " Par un acte devant notaire ou autre acte par écrit, par " lequel le changement de volonté est expressément constaté ;

3° " Par la destruction, la lacération ou la rature du testa- " ment olographe ou de celui en la forme dérivée de la loi " d'Angleterre, faites délibérément par le testateur ou par son " ordre, avec intention de révocation ; et en certains cas par " la destruction ou la perte du testament par cas fortuit, par- " venue à la connaissance du testateur, ainsi qu'il est exposé " en la section troisième du présent chapitre ;

4° " Par l'aliénation que le testateur fait de la chose " léguée " (*a*).

a. De la révocation expresse.

La révocation expresse est celle qui se fait par un écrit où l'intention de révoquer le testament ou un legs qu'il renferme est exprimée *expressis verbis*. Ainsi, le testateur a dit : " je révoque tout testament que j'ai fait antérieurement au présent," ou bien : " je révoque le legs que j'ai fait à mon neveu par mon testament de telle date." Une telle révocation, on le comprend, est plus sûre que la révocation tacite.

I. Formes de la révocation expresse. — L'article 892 indique deux formes de révocation expresse des testaments et des legs :

1° La révocation faite expressément par un testament postérieur ;

2° Celle par un acte devant notaire ou *autre acte par écrit*, par lequel le changement de volonté est expressément constaté.

Dans le droit romain, le testament ne pouvait être révoqué que par un autre testament, c'est-à-dire par un acte revêtu de toutes les formalités du testament. On considérait que le tes-

---

(*a*) Il y a sur ces questions, entre notre droit et le droit français moderne, des différences que j'indiquerai plus loin.

tament, ayant le caractère d'une loi, ne pouvait être révoqué que par une loi. Il ne s'agissait au demeurant que de l'institution d'héritier. La révocation des legs n'était pas soumise à des formes solennelles. Ce système fut suivi dans les pays de droit écrit. Dans les provinces de coutume, au contraire, on ne soumettait la révocation à aucune forme particulière ; il suffisait qu'elle fût faite par écrit. Même l'acte notarié n'était pas de rigueur, la révocation pouvait être contenue dans un simple acte sous seing privé (*a*).

Le code Napoléon (art. 1035) consacre un système intermédiaire. Il ne reconnaît que deux modes de révocation expresse : un testament subséquent et *un acte devant notaire.* Ainsi, pour que l'acte révocatoire fait sous seing privé ait effet, il faut qu'il soit revêtu des formes du testament olographe ou mystique ; un autre acte sous seing privé ne saurait affecter un testament.

On saisit donc les points de ressemblance et de différence entre notre droit et le droit français moderne. En cette province, tout acte, qu'il soit reçu devant notaire ou qu'il soit écrit par un tiers et signé par le testateur, qu'il soit ou non revêtu des formes du testament, peut révoquer un testament antérieur. En France, la révocation expresse ne peut être consignée que dans un testament, sous quelque forme que ce testament soit fait, ou dans un acte devant notaire. Nous avons suivi le système du droit coutumier, peut-être à tort, car le simple acte sous seing privé, qui ne constitue pas un testament, n'offre pas beaucoup de garanties d'authenticité ou de sincérité.

Il ne me reste maintenant qu'à parler un peu plus en détail des deux modes de révocation expresse.

1° *Un testament postérieur.*—Sa forme, ordinaire ou privilégiée, importe peu. Ainsi, par un testament olographe ou suivant la forme anglaise, le testateur peut révoquer un testament solennel. Il n'est pas nécessaire que le testament subséquent contienne aucun legs ; il révoquera valablement le testament antérieur alors même qu'il ne renferme que la clause révocatoire. Tel est l'enseignement de la plupart des auteurs en France (*b*), et cette solution ne saurait être douteuse dans notre droit qui permet au testateur de révoquer son testament

(*a*) Pothier, *Donations testamentaires*, n° 299 ; Demolombe, t. 22, n° 136.

(*b*) Comp. Demolombe, n°s 140 et suiv. ; M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 637.

par un simple acte sous seing privé, encore que cet acte ne soit pas un testament.

Mais bien qu'il soit possible de révoquer un testament par un acte sous seing privé qui ne constitue à aucun titre un testament, la révocation sera nulle si elle est contenue dans un testament nul de forme. C'est la disposition du deuxième alinéa de l'article 895 qui est en ces termes :

" La révocation contenue dans un testament nul par défaut " de forme est nulle " (*a*).

Pothier (nº 299) enseignait le contraire, comme résultant du principe que le testateur peut révoquer son testament par un acte écrit par un tiers mais signé par lui. " Quoique le " second testament qui contient une clause de révocation du " premier," disait-il, " soit nul dans la forme, le premier ne " laisse pas d'être révoqué par cette clause ; car la révocation " des testaments pouvant se faire *nudâ völuntate*, quoique le " second testament.... ne soit pas revêtu des formalités néces-" saires pour le rendre valable, il doit au moins être valable " pour cette clause de révocation, qui n'est point assujettie à " ces formalités."

Cette opinion cependant n'était pas admise dans le ressort de la coutume de Paris (*b*), et les codificateurs ont proposé le deuxième alinéa de l'article 895 par leur rapport supplémentaire, comme réglant un point douteux.

Telle est du reste la solution de la plupart des auteurs français. On ne peut, disent-ils, scinder la volonté du testateur, annuler les legs que renferme le testament nul de forme et maintenir la clause révocatoire qui n'est qu'une disposition accessoire. Le testateur n'a voulu faire qu'une chose, tester, et la révocation de son testament n'est que la conséquence des nouvelles dispositions qu'il a faites (*c*).

Je crois cependant qu'il ne faut pas exagérer la portée du deuxième alinéa de l'article 895. Le testateur pouvant révoquer son testament par un simple acte sous seing privé, qui ne vaudrait à aucun titre comme testament, je pense qu'il faudrait que son intention de tester ne fût pas équivoque pour que la nullité de l'acte comme testament affectât la révocation que le testateur voulait effectuer. M. Huc (t. 6, nº 370) va encore plus loin et enseigne que si le testament révocatoire

(*a*) Il n'y a pas de disposition semblable dans le code Napoléon.

(*b*) Comp. Demolombe, nº 155.

(*c*) Demolombe, *loc. cit.*; M. Baudry-Lacantinerie, nº 637.

nul de forme ne renferme que la clause de révocation, il faudra, malgré la nullité de ce testament, donner effet à cette révocation. La raison que M. Huc en donne, c'est que le testament —qu'il suppose fait devant notaire—est, malgré sa nullité, un acte notarié et *utile per inutile non viciatur* (*a*). Je crois qu'il ne s'agit que de savoir si le testateur a entendu tester, et si tel est le cas, la nullité du testament subséquent empêchera la révocation du premier. La loi fournit au testateur deux modes de révocation expresse : le testament subséquent et l'acte écrit. S'il est constant que le testateur a voulu se servir du premier moyen, il est censé avoir subordonné la révocation à la validité du testament révocatoire, et si ce testament est nul on ne saurait lui donner aucun effet.

Mais si un testament nul de forme ne peut révoquer un testament antérieur, il n'est pas nécessaire que le testament révocatoire prenne réellement effet. Ainsi le testateur a, par son nouveau testament qui révoque le testament antérieur, légué ses biens à un légataire incapable, ou bien le légataire, quoique capable de recueillir le legs, le répudie et toutes les dispositions testamentaires deviennent caduques. Le testament nouveau restera toujours sans exécution, mais le testament antérieur ne laissera pas d'être révoqué. C'est tout comme si le testateur n'avait pas fait de legs et se fût contenté de révoquer son premier testament. Une telle révocation, nous l'avons vu, est valable, et il en est de même dans le cas où les legs que le testament révocatoire a faits restent sans effet. Nous trouvons l'énonciation de ce principe au premier alinéa de l'article 895, qui porte que " la révocation faite dans un " testament postérieur conserve tout son effet, quoique ce " nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité du légataire " ou son refus de recueillir " (*b*). Bien entendu, si la révocation du premier testament était subordonnée à l'exécution du second, le défaut d'exécution de ce testament, quelle qu'en soit la cause, empêcherait la révocation de produire effet (*c*).

(*a*) Au même effet, voy. MM. Aubry et Rau, t. 7, § 725, p. 511 note 6.

(*b*) Cet article reproduit la disposition de l'article 1037 du code Napoléon.

(*c*) L'article 895 ne parle que de l'incapacité ou du refus de recueillir du légataire. Cependant, il est évident qu'il faut étendre sa disposition à tous les cas de caducité du second testament. Ainsi, le prédécès du re institué par le dernier testament n'affecterait pas la révocation mier. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, n° 641.

Comme je l'ai dit, la révocation peut porter sur un legs comme sur le testament tout entier. Mais il faut que dans ce cas le legs en question soit clairement désigné. Ainsi, le legs fait à la femme ne sera pas révoqué par la déclaration que le testateur ferait qu'il révoque le legs qu'il a fait au mari ; une telle déclaration n'aurait tout au plus l'effet que d'exclure l'objet légué de la communauté matrimoniale. Il en serait de même de la déclaration du testateur, qui a légué l'usufruit d'un immeuble, qu'il révoque le legs d'un droit de passage sur cet immeuble. Mais si la chose dont le testateur prive le légataire fait partie du legs, la révocation aura son effet. Ainsi, si le testateur a légué un immeuble et déclare ensuite qu'il révoque le legs de l'usufruit de cet immeuble, le legs se restreindra à la nue propriété. De même un legs de $500 sera révoqué par la déclaration du testateur qu'il révoque le legs de $1000 qu'il a fait, car la somme de $500 se trouve comprise dans celle de $1000 (*a*).

Mais de ce qu'on peut révoquer toute disposition d'un testament, s'ensuit-il qu'on puisse révoquer une disposition par laquelle le testateur s'est reconnu débiteur d'une dette ou dépositaire d'un objet appartenant à un tiers? Ou bien, le testateur peut-il révoquer la déclaration qu'il avait été payé d'une dette dont il était créancier ?

La question est controversée en France. Cependant, la plupart des auteurs enseignent que le testateur peut révoquer même des dispositions de ce genre, et que le tiers qui n'a d'autre preuve de sa dette que l'aveu du testateur ne peut se prévaloir de cet aveu après sa rétractation (*b*). Mais si une autre preuve existe, on reconnaît que la déclaration du testament révoqué peut lui servir de commencement de preuve par écrit.

2° *Un acte par écrit.*—Comme notre article, d'accord avec l'ancien droit, le dit, le testateur peut révoquer son testament par un acte devant notaire ou autre acte par écrit, par lequel le changement de volonté est expressément constaté. Le législateur regarde la faculté de révoquer un testament, de même que celle de tester, comme essentiellement favorable, et c'est pour cela qu'il accorde au testateur toutes les facilités possibles pour détruire un acte qui n'est plus conforme à sa volonté.

(*a*) Ces solutions sont enseignées par Pothier, nos 300, 301.

(*b*) Comp. Demolombe, nos 128 et suiv.

L'effet de cette révocation sera le même que lorsqu'elle se fait par un testament. Il va sans dire que dans un cas comme dans l'autre le testateur doit avoir en fait et en droit la capacité de tester au moment de la révocation (*a*).

II. De la rétractation de la révocation expresse.—Il est clair que le testateur peut rétracter la révocation qu'il avait faite de son premier testament et que cette rétractation peut se faire dans la même forme que la révocation elle-même. Ce n'est que l'application de la règle du droit romain : *nil tam naturale est quam eodem genere quidquid dissolvi quo colligatum est.* Tout le monde est d'accord sur ce point (*b*).

Mais on ne s'entend plus lorsqu'il s'agit de déterminer les effets de la rétractation. La question qui divise les auteurs en France, c'est de savoir si la rétractation de la révocation fait revivre le premier testament lorsque le testateur ne s'en est pas expliqué.

Deux cas sont à prévoir : 1° Le testament révocatoire ne renfermait pas de legs, il ne faisait que révoquer le premier testament ; ou bien la révocation s'est faite par une déclaration écrite qui ne constituait pas un testament ; 2° Le second testament faisait des legs et révoquait le premier.

Dans le premier cas il n'y a guère de difficulté. La rétractation de la révocation a fait revivre le premier testament ; car sans cela elle n'aurait pas de sens. Il n'y a pas de contestation sur ce point (*c*).

Le second cas n'est pas d'une solution aussi facile. Cependant, la plupart des auteurs sont d'avis que le fait de la rétractation de la révocation ne suffit pas toujours pour prouver que l'intention du révoquant a été de faire revivre son premier testament, mais que cette intention pourrait résulter des circonstances particulières du fait dont les magistrats sont les appréciateurs. A défaut de telles circonstances, il faut que le révoquant manifeste l'intention de réhabiliter son premier testament (*d*).

C'est bien ce système que le législateur a suivi dans notre droit. En effet, l'article 896, qui n'existe pas au code Napo-

(*a*) Demolombe, n° 126.

(*b*) Demolombe, n° 159 ; M. Baudry-Lacantinerie, n° 638.

(*c*) Demolombe, n° 161.

(*d*) Comp. Demolombe, n° 162 ; M. Baudry-Lacantinerie, n° 638.

léon, dit qu' "à défaut de disposition expresse, c'est par les " circonstances et les indices de l'intention du testateur qu'il " est décidé si la révocation du testament qui en révoque un " autre, est destinée à faire revivre le testament antérieur " (*a*).

Bien entendu, le testateur peut manifester l'intention de faire revivre son premier testament au moyen de tout écrit ; il n'est pas nécessaire qu'il le fasse par un acte revêtu des formes du testament (*b*).

b. De la révocation tacite.

La révocation tacite est celle que le testateur opère, non pas par des paroles formelles, *expressis verbis*, mais par l'accomplissement de certains actes.

Il y a trois modes de révocation tacite :—1° Un testament subséquent dont les dispositions sont incompatibles avec celles du testament précédent ; 2° L'aliénation de la chose léguée ; 3° La destruction volontaire du testament par le testateur.

I. Testament subséquent.—Nous avons vu à l'article 892 que les testaments et les legs peuvent être révoqués par un testament postérieur qui les révoque par la nature de ses dispositions. Dans le droit romain, on le sait, le testament devant comprendre l'hérédité tout entière, le second testament était nécessairement incompatible avec le premier, puisque l'un et l'autre disposaient des mêmes biens. Mais comme on peut dans notre droit tester de partie de ses biens, il n'y a rien de forcément incompatible entre deux testaments successifs, car ils peuvent tous deux disposer de choses distinctes. Même, on doit s'efforcer de les concilier, car le testateur les a maintenus tous deux, et ce n'est que lorsque cette conciliation est impossible et que deux dispositions sont incompatibles, qu'on donnera la préférence à la plus récente. *In testamentis novissimæ scripturæ prevalent.* C'est la règle que l'article 894, copié sur l'article 1036 du code Napoléon, énonce en ces termes :

894. " Les testaments postérieurs qui ne révoquent pas les " précédents d'une manière expresse, n'y annulent que les dis-

(*a*) Le principe de cet article a été affirmé par la cour de revision dans une cause de *Dupuis*, v. *Dupuis*, 14 L. C. J., p. 242.

(*b*) Demolombe, nos 163, 164.

" positions incompatibles avec les nouvelles ou qui y sont con-
" traires."

Je ne m'arrêterai pas à la question de savoir s'il y a une différence entre des dispositions *incompatibles* et des dispositions *contraires*. On entend par là des dispositions inconciliables et ces deux expressions rendent la même idée (*a*).

Mais la question devient plus difficile quand il s'agit de définir l'incompatibilité. On en distingue deux espèces : l'incompatibilité *matérielle* et l'incompatibilité *intentionnelle*.

L'incompatibilité est *matérielle* lorsque les deux dispositions ne peuvent s'exécuter simultanément. Ainsi, le testateur qui avait d'abord légué une chose purement et simplement, la lègue ensuite conditionnellement au même légataire par un testament subséquent ; ou bien le premier testament léguait la propriété d'une chose et le second lègue l'usufruit de cette chose, toujours au même légataire (*b*). Il y a là impossibilité absolue d'exécuter en même temps les deux legs.

L'incompatibilité est *intentionnelle* quand elle résulte de l'intention du testateur manifestée par des dispositions testamentaires comparées les unes aux autres. On pourrait à la vérité les exécuter simultanément, mais il résulte des circonstances ou des termes dont le testateur s'est servi qu'il a voulu substituer les secondes aux premières. Ainsi le testateur avait légué tous ses biens à Pierre et par un second testament il lègue tous ses biens à Paul. Il n'y a pas là incompatibilité matérielle, car on peut léguer l'universalité de ses biens à plusieurs personnes. Mais on présume que le testateur a voulu substituer Paul à Pierre et c'est pour cela que l'on dit que les dispositions sont incompatibles dans *l'intention* du testateur (*c*).

Il n'y a point de doute qu'il y a révocation en cas d'incompatibilité matérielle. Les deux dispositions ne pouvant s'exécuter l'une et l'autre, c'est la dernière qui l'emporte. La première est donc révoquée (*d*).

(*a*) Demolombe, nº 168.

(*b*) M. Huc, t. 6, nº 372, dit qu'on ne saurait imaginer d'autres cas d'incompatibilité matérielle.

(*c*) M. Huc, *loc. cit.*, dit qu'il n'y a qu'un seul genre d'incompatibilité, toujours nécessairement intentionnelle, mais que cette incompatibilité se traduit en certains cas par une impossibilité matérielle d'exécution simultanée des deux testaments.

(*d*) Demolombe, nº 171.

Je crois qu'il est également certain, comme principe général, que lorsque les deux dispositions sont incompatibles dans l'intention clairement manifestée du testateur, c'est-à-dire lorsqu'on ne peut douter qu'il a voulu substituer la seconde à la première, on doit donner effet à cette volonté, alors même qu'en droit les deux dispositions seraient susceptibles d'exécution simultanée (*a*).

Ce n'est donc qu'une question de fait, d'interprétation de la volonté du testateur et, comme le dit M. Huc (*b*), il ne saurait jamais être question pour le juge de vérifier si, d'une manière générale *(in thesi)*, les deux dispositions qui lui sont soumises sont ou ne sont pas théoriquement susceptibles d'exécution simultanée, mais uniquement de rechercher si, dans l'espèce *(in hypothesi)*, le testateur a eu ou n'a pas eu l'intention de déroger à son premier testament par le second.

Il ne reste qu'à voir comment on doit appliquer ce principe aux cas les plus ordinaires que l'on peut rencontrer dans la pratique. On peut diviser ces cas en deux grandes catégories.

1° Les dispositions ont été faites successivement au profit de deux légataires différents ;

2° Les dispositions ont été faites successivement au profit du même légataire.

I. *Première hypothèse.*—La première hypothèse offre trois combinaisons :

1° Le premier testament renferme un legs universel et le second : soit un legs universel, soit un legs à titre universel, soit un legs particulier.

Lorsque le second testament renferme un legs universel—comme si le testateur, après avoir légué l'universalité de ses biens à Pierre, lègue plus tard la même universalité à Paul—on décide qu'il y a présomption, en l'absence d'indication contraire au testament, que le second legs révoque le premier. Il est vrai que le legs universel peut, en droit, être fait conjointement à plusieurs personnes, mais, observe-t-on, un testateur qui ne sait pas le droit, s'imaginera difficilement que lorsqu'il dit : je lègue tous mes biens à Paul, cela puisse signifier que Paul devra les partager avec Pierre à qui le testateur

---

(*a*) Demolombe, n° 170 ; M. Huc, n° 373. Il y a cependant contestation sur ce point. Un parti considérable dans la doctrine soutient que du moment qu'il n'y a pas incompatibilité matérielle, on doit nécessairement décider qu'il n'y a pas révocation tacite des dispositions précédentes par les dispositions nouvelles. Demolombe, n° 169, rend compte de ce système qu'il combat au numéro suivant.

(*b*) *Loco citato supra.*

les avait légués par un testament antérieur (*a*). Mais si le testateur avait légué tous ses biens à Pierre et à Paul, deux frères, par la même disposition, et que Pierre venant à mourir, le testateur fasse un legs universel à Jacques, fils de Pierre, Demolombe (nº 174) croit qu'on devra présumer que le testateur a voulu remplacer le père par le fils et adjoindre ce dernier à son oncle.

Lorsque le deuxième testament contient un legs à titre universel ou des legs particuliers, on ne présume pas la révocation du legs universel contenu dans le premier testament (*b*).

2º Le premier testament renferme un legs à titre universel et le second : soit un legs universel, soit un legs à titre universel, soit un legs particulier.

Lorsque le second testament renferme un legs universel, on conclut à la révocation du legs à titre universel fait par le premier testament (*c*).

Quand les deux testaments renferment des legs à titre universel, on enseigne que si chacun des legs, avec la quotité à laquelle il s'applique, peut être exécuté, il n'y aura pas révocation. La solution contraire devrait être adoptée si chaque legs s'applique à la même quotité (*d*).

Quand le second testament ne renferme que des legs particuliers, il ne saurait y avoir révocation du legs à titre universel fait par la première disposition ; au contraire, c'est là une

---

(*a*) Demolombe, nº 173 ; MM. Huc, nº 374 ; Baudry-Lacantinerie, nº 640. La règle dans ce cas c'est de rechercher si, par son second testament, le testateur a voulu distribuer toute sa fortune. Si tel est le cas, on présume qu'il a entendu révoquer tout testament par lequel il avait précédemment fait cette distribution.

(*b*) Demolombe, nºˢ 175-6 ; M. Huc, nº 375. Ce dernier auteur admet la révocation du premier testament, même quand le second ne renferme que des legs particuliers, s'il résulte des dispositions nouvelles que le testateur voulait en faire l'expression complète de sa volonté dernière.

(*c*) Demolombe, nº 177 ; M. Huc, nº 376.

(*d*) Demolombe, nº 178 ; M. Huc. *loc. cit.* On envisage, en France, le [illegible] de la réserve, et on se demande si les deux legs peuvent s'exécuter s[illegible] quotité disponible.

Un cas particulier peut offrir beaucoup de difficulté. Le testateu[illegible] légué à Pierre et à Paul séparément et à chacun d'eux, la moitié de ses biens. Plus tard, il lègue à Jacques la moitié de ses biens. Il semble que dans ce cas Pierre et Paul ne pourront exécuter leur legs que sur la moitié qui n'est pas affectée par le second testament. C'est comme si le testateur avait diminué leur legs de moitié.

charge que le testateur impose à son légataire (*a*). Toutefois, si, au moyen de legs particuliers dans le second testament, le testateur a manifesté l'intention de disposer de toute sa fortune, il me semble que la présomption de révocation aurait lieu (*b*).

3° Le premier testament renferme un legs particulier.

Si le second testament contient un legs universel, on décide qu'il n'y aura en général révocation que si le testateur a manifesté l'intention, dans le second testament, de disposer de toute sa fortune, et même dans ce cas on semble admettre qu'il faut maintenir les legs du premier testament qui ont un caractère rémunératoire (*c*).

Si le second testament renferme un legs à titre universel portant sur l'espèce de biens compris dans le legs particulier du premier testament, Demolombe (n° 181) conclut à la révocation, si les circonstances ne révèlent l'intention du testateur de maintenir son premier legs.

Enfin, s'il s'agit de part et d'autre de legs particuliers, il n'y aura pas révocation si ces legs portent sur des sommes d'argent, ou sur des quantités homogènes ou non, et cela quand même le patrimoine du testateur ne suffirait pas à les acquitter tous. Il en serait manifestement de même si ces legs ont pour objet des corps certains différents (*d*).

Si le même corps certain est légué à deux légataires distincts, le legs le plus récent devra avoir la préférence (*e*) ; mais si le second legs ne porte que sur une fraction de l'objet légué précédemment en entier, il n'y aurait que révocation partielle du premier legs (*f*). Ces deux solutions, bien entendu, céderaient devant une intention contraire que le testateur manifesterait dans son second testament.

II. *Seconde hypothèse.*—Les dispositions ont été faites successivement au profit du même légataire.

Il ne s'agit alors que de déterminer s'il y a là seulement une *répétition* du premier legs, ou une *modification* de ce

(*a*) Demolombe, n° 179.

(*b*) Voy. M. Huc, cité p. 410, *supra*, note *b*.

(*c*) Demolombe, n° 180 ; M. Huc, n° 374.

(*d*) Demolombe, n°s 182-3.

(*e*) Le même auteur, n° 184. Cette solution est contestée, mais l'avis de Demolombe me paraît s'imposer.

(*f*) Demolombe, n° 115.

legs, en y ajoutant ou en en retranchant quelque chose, ou bien en lui substituant un autre objet.

A ce propos, on enseigne que le legs universel ne sera pas révoqué par un legs universel subséquent, car il n'y a là que confirmation du premier legs. Il se trouverait au contraire révoqué par un legs à titre universel fait au même légataire par un testament subséquent. Il y aurait également, règle générale, présomption de révocation si le second legs est à titre particulier, sauf cependant le cas où le testateur, ayant fait un legs universel à plusieurs, a voulu assurer à l'un des légataires universels la possession d'une chose particulière. De même, si l'un de ces légataires universels était exécuteur testamentaire, on présumerait facilement que ce legs particulier avait pour but de le récompenser de la gestion que le testament lui impose. Il serait encore possible de dire que le testateur a voulu accorder au légataire universel le choix entre l'un ou l'autre legs (*a*).

Si le premier et le second legs sont tous deux à titre universel, on présumera *répétition* s'ils portent tous deux sur la même quotité ou fraction et *modification*, si la fraction nouvelle est supérieure ou inférieure à la précédente. Quand le premier legs est de tous les meubles et le second de tous les immeubles, la présomption de révocation n'aura pas la même vraisemblance, et on devra rechercher l'intention du testateur dans les termes de l'acte et les circonstances particulières (*b*).

Enfin, lorsqu'il s'agit d'un legs particulier suivi d'un autre legs particulier au profit du même légataire, il n'y aura pas difficulté si les deux legs portent sur la même chose. Il est évident qu'il y aura *répétition* si la chose est donnée de la même manière ; il y aura, au contraire, *modification* si le premier legs est pur et simple et le second conditionnel, ou si le premier est de la propriété et le second de l'usufruit. Ainsi, on devra conclure à la révocation si le second legs est à titre de substitution (*c*).

Il y aura plus de difficulté lorsque les deux legs sont de sommes d'argent, de quantités ou de corps certains différents, et que le testateur n'a pas manifesté l'intention de substituer le second au premier.

(*a*) Demolombe, nº 190.

(*b*) Idem, nºˢ 192, 193.

(*c*) Demolombe, nºˢ 194, 195.

Cependant on enseigne que le légataire peut réclamer les deux legs cumulativement, à moins qu'on ne lui prouve que le second a révoqué le premier. On reconnaît toutefois que cette solution n'a rien d'absolu, et qu'il appartient aux juges de décider, suivant les circonstances, s'il existe entre les deux dispositions, quoique différentes en apparence, une contrariété intentionnelle, d'où ils pourraient induire la révocation. Et il en serait ainsi si les deux legs avaient la même cause, comme s'ils étaient faits tous deux à titre rémunératoire (*a*).

Remarquons que toutes les présomptions de révocation dont il est question ci-dessus, ne sont que des présomptions simples dont l'application demeure subordonnée aux circonstances particulières qui peuvent les modifier (*b*). Ajoutons qu'il faut considérer les dispositions elles-mêmes, c'est-à-dire la partie dispositive des testaments, et non pas les simples énonciations, plus ou moins réfléchies, qui peuvent s'y trouver, sauf cependant à s'y référer, en cas de doute, pour découvrir l'intention du testateur (*c*).

Une hypothèse qui diffère de celles que j'ai envisagées, c'est le cas où des deux testaments il est impossible de décider lequel est antérieur et lequel postérieur, hypothèse qui peut se présenter plus facilement dans notre droit que dans le droit français moderne, puisque le testament olographe et celui fait suivant la forme anglaise n'ont pas besoin d'être datés (art. 854) (*d*). Le cas s'est présenté en France—il s'agissait de deux testaments datés du même jour, chacun desquels portait révocation expresse des testaments antérieurs—et l'on a jugé que ces testaments seraient exécutés l'un et l'autre, parce que, étant de la même date, ils ne se révoquaient pas réciproquement, et qu'en fait, il n'y avait pas, entre eux, d'incompatibilité. Dans une autre espèce semblable à celle qui précède, chacun des testaments contenait un legs universel au profit de légataires différents, et les deux legs ont été maintenus (*e*).

(*a*) Le même auteur, nos 196-9. C'est ainsi qu'un legs peut être considéré révoqué par une donation faite pour la même cause. Demolombe, no 190.

(*b*) Demolombe, nos 172, 174.

(*c*) Idem, no 202.

(*d*) J'ai dit qu'il en est différemment en France.

(*e*) Comp. Demolombe, no 203.

Sirey et Gilbert, sur l'art. 1038 C. N., no 29, rapportent un arrêt par lequel on aurait jugé que lorsqu'un individu a fait le même jour : 1o un

Nous n'avons que fort peu de jurisprudence sur ces questions.

Dans une cause de *Pattison* & *Fuller* (M. L. R., 2 Q. B., p. 349), l'espèce suivante a été jugée par la cour d'appel. Le testateur avait des actions de banque au montant de $5,000, et par son testament il en légua jnsqu'à concurrence de $1000 à sa petite-fille. Subséquemment, par trois codicilles distincts, il légua $3000 de ces actions à la même légataire, et fit deux legs de $1000 chacun sur ces actions à deux autres légataires, disposant ainsi, par les codicilles, de tout le montant des actions. Dans ces circonstances, la cour d'appel jugea que les codicilles avaient révoqué le legs de $1000 fait par le testament.

Enfin, dans une cause récente de *Pelletier* v. *Michaud* & *Sirois* (R. J. Q., 14 C. S., p. 297), le juge Cimon a jugé que le legs d'une somme de $500 qu'un père avait fait à sa fille, se trouvait révoqué par la stipulation insérée dans le contrat de mariage de sa fille, passé subséquemment au testament, par laquelle il était déclaré que les biens de la future épouse consistaient, entre autres choses, " en la somme de $500 qui lui a été léguée par son père." Celui-ci était partie au contrat de mariage et s'est obligé à payer la somme en question " à son bon plaisir mais sans intérêt."

II. Aliénation par le testateur de la chose léguée.—J'ai dit, à plusieurs reprises, que le testateur, donnant à cause de mort, ne donne les biens qu'autant qu'il en est propriétaire à sa mort. Il est donc évident que l'aliénation par le testateur de la chose léguée est par elle-même une cause de caducité du legs. Mais, indépendamment de la question de caducité, il faut aller encore plus loin et dire que l'aliénation emporte révocation du legs, au point que la nullité de l'aliénation, ou le fait que le testateur serait redevenu propriétaire de la chose léguée, ne feront pas revivre le legs sans une manifestation contraire de volonté. C'est ce principe que nous avons trouvé à l'alinéa 4 de l'article 892 et que l'article 897 énonce encore plus formellement en ces termes :

897. " Toute aliénation, même en cas de nécessité ou opérée " forcément, du droit de propriété à la chose léguée, celle même " avec faculté de rachat, ou par échange, que fait le testateur,

---

testament à neuf heures du matin, 2° une vente par acte sans indication d'heure, la présomption est que ce dernier acte est postérieur au testament et l'a révoqué.

" s'il n'y a lui-même pourvu autrement, emporte la révocation " du testament ou du legs pour tout ce qui a été aliéné, même " quoique l'aliénation soit nulle, lorsqu'elle a été volontaire.

" La révocation subsiste quoique la chose soit rentrée depuis " dans la main du testateur, s'il n'apparaît de son intention " au contraire " (*a*).

Le premier alinéa de cet article et les derniers mots " s'il n'apparaît," etc., du second alinéa, sont indiqués comme innovant au droit ancien. Les codificateurs expliquent que, d'après l'ancienne jurisprudence, l'aliénation forcée et même celle faite volontairement, en cas d'urgence, ne comportaient révocation qu'à l'aide de certains indices. Puis ils s'expliquent, en ces termes, sur le motif de l'innovation :

" Les commissaires ont cru devoir adopter la règle simpli- " fiée du code français, d'après laquelle toute aliénation, même " nulle, emporte révocation et même quoique la chose soit " rentrée depuis dans la main du testateur (*b*). Ce sera à ce " dernier, si la chose se trouve aliénée forcément après son " testament fait, à déclarer son intention d'une manière suffi- " sante. L'article 897 est donc proposé en amendement dans " ce sens. Bien entendu que dans tous les cas, les présomp- " tions cèdent devant l'indication d'intention du testateur.

" Un changement qui paraît essentiel a cependant été fait " à la rédaction de cet amendement. La révocation ne peut " être présumée dans le cas de l'aliénation nulle qu'autant " qu'elle a été volontaire. Car pour opérer cette révocation, " il faut l'existence au moins de l'un des deux éléments sur " lesquels la présomption est basée, savoir l'intention d'aliéner " quand même l'aliénation aurait été sans effet, ou l'aliéna- " tion même qui fait sortir la chose des mains du testateur, " quoique contre sa volonté. Il n'y a ni l'un ni l'autre de ces " éléments dans l'aliénation forcée qui se trouve nulle, et la " chose restant dans la succession du testateur, sans qu'il ait

(*a*) Cet article est plus précis que l'acticle 1038 du code Napoléon. Mais ce dernier article ne mentionne pas expressément le cas de la vente forcée, et, bien qu'il y a là dessus controverse, on enseigne en France qu'il n'y a pas révocation en ce cas, sauf la caducité du legs si le testateur à sa mort n'est pas de nouveau devenu propriétaire de la chose léguée. Comp. M. Baudry-Lacantinerie nº 646 ; Demolombe, nº 238.

Il y a d'autres différences, du moins dans les termes, entre les deux articles que j'aurai à examiner plus loin.

(*b*) J'ai dit que l'on n'interprète pas ainsi l'article 1038 du code Napoléon, puisqu'on se refuse à l'étendre à l'aliénation forcée.

" jamais voulu l'aliéner, il est juste que la présomption soit en " faveur du legs."

Cette citation explique bien la portée de l'article 897. L'aliénation par le testateur de la chose léguée emporte révocation du legs. Il n'importe que cette aliénation soit à titre onéreux ou à titre gratuit, forcée (*a*) ou volontaire. L'aliénation faite par voie d'échange ou même avec faculté de rachat (*b*) crée une présomption de révocation, comme l'aliénation pure et simple à prix d'argent. Il s'ensuit que l'aliénation sous condition résolutoire emportera révocation, malgré que la condition se soit accomplie du vivant du testateur, et, que, par l'effet de la présomption légale, l'aliénation soit réputée n'avoir jamais existé (art. 1088). Il en est autrement de l'aliénation sous condition suspensive, lorsque la condition ne s'est pas réalisée, car alors l'aliénation n'a jamais existé (*c*).

La nullité de l'aliénation, en principe, n'empêche pas la révocation du legs. Cependant il faut ici distinguer entre l'aliénation forcée et l'aliénation volontaire. Dans le premier cas, le testateur n'ayant pas voulu aliéner et n'ayant pas effectivement aliéné, puisque l'aliénation est nulle, il n'y pas révocation. Mais dans le cas de l'aliénation volontaire, le testateur a voulu aliéner, pour me servir du langage des codificateurs, " quand même l'aliénation aurait été sans effet," et cela suffit pour que le legs se trouve révoqué.

La cause de la nullité, ainsi que sa nature, relative ou absolue, sont sans effet sur la révocation qui en découle. Ainsi, que cette nullité procède, soit de l'incapacité du testateur, comme dans le cas d'un prodigue, soit de l'inaliénabilité de la chose elle-même, comme dans le cas d'un immeuble saisi en justice, soit d'un vice de forme, comme si le testateur avait donné la chose par une donation entre vifs faite par acte sous seing privé (*d*), le legs ne laissera pas d'être révoqué (*e*). Toutefois,

(*a*) J'ai dit que ce point est contesté en France et que le contraire est enseigné par la plupart des auteurs. Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 1038 C. N., n° 2.

(*b*) Ricard enseignait le contraire quant à l'échange et Pothier quant à la vente à réméré.

(*c*) Sirey et Gilbert, art. 1038, n° 9 ; M. Baudry-Lacantinerie, n° 642.

(*d*) Il en serait de même de la donation nulle pour non acceptation ; Sirey et Gilbert, n° 6 ; Demolombe, n° 228.

(*e*) On ne saurait douter de la révocation, même lorsque la nullité de l'aliénation procède du fait qu'elle a été consentie par une femme mariée

puisqu'on présume chez le testateur l'intention de révoquer son legs, il faut que l'aliénation ne soit pas nulle pour absence de consentement. Ainsi elle a été faite sous l'empire de la violence, ou alors que le testateur ne jouissait pas de sa raison. Il me paraît clair que dans ce cas on ne pourrait pas présumer révocation, d'autant plus que, dans le cas de l'insanité du testateur, ce dernier, ne pouvant révoquer son legs directement, ne saurait assurément le faire indirectement (*a*)

Comme le dit le deuxième alinéa de notre article, le fait que la chose fût rentrée depuis l'aliénation dans la main du testateur, n'empêche pas la révocation d'être définitive " s'il n'apparaît de son intention au contraire." Ces mots ne se trouvent pas à l'article 1038 du code Napoléon et il y a lieu de se demander quelle manifestation d'intention sera nécessaire. Je crois, la révocation ayant été purement tacite, qu'il suffit que le testateur déclare qu'il a acquis la chose pour empêcher la caducité ou la révocation de son legs ou qu'il manifeste la volonté que l'aliénation précédente soit sans effet sur le legs. Je ne crois pas que cette manifestation doive revêtir la forme des testaments (*b*).

Lorsque l'aliénation n'est que partielle, le legs n'est révoqué que pour la partie aliénée. Si le testateur a constitué un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation sur la chose léguée, il

---

sans l'autorisation de son mari, et cela, malgré que le défaut d'autorisation maritale comporte une nullité que rien ne peut couvrir (art. 183). En effet, la femme pouvant tester sans l'autorisation de son mari (art. 184), peut, sans cette autorisation, révoquer son testament ou son legs. Comp. Pandectes françaises, *Donations et testaments*, nº 9500.

(*a*) On n'admet pas cette conséquence dans le cas du dol, et on doute qu'elle soit applicable lorsqu'une donation serait nulle, par suite de l'erreur du donateur qui n'a porté que sur la personne du donataire. Comp. Demolombe nº 223. Je crois qu'on peut en principe en dire autant de l'erreur qui a porté sur quelque chose qui fût une considération principale de l'aliénation (art. 992), comme dans le cas de l'exemple qui précède.

(*b*) Demolombe, nº 231. Cette solution est contestée par plusieurs auteurs, mais les termes de notre article me paraissent l'autoriser.

Une autre question intéressante se rattache à celle-ci. Le testateur peut-il déclarer, après l'aliénation, qu'il entend qu'elle ne préjudicie pas aux droits du légataire et que le prix soit substitué à la chose qui lui était léguée ? On reconnaît qu'il peut faire cette déclaration par l'acte de vente et qu'alors il n'est pas nécessaire qu'elle soit revêtue des formes des testaments, mais on ajoute qu'une déclaration subséquente, alors que l'aliénation a produit tout son effet, ne vaudra que si elle se fait en forme testamentaire. Comp. Pandectes françaises, nºs 9512 et suiv.

y a aliénation partielle et le légataire supporte le droit ainsi créé (*a*). Mais la constitution d'une hypothèque sur la chose léguée n'entraîne aucune révocation, même partielle, du legs. Le créancier hypothécaire peut, bien entendu, porter l'action en déclaration d'hypothèque contre le légataire et le forcer ainsi à délaisser l'immeuble légué, si mieux il n'aime payer la dette, mais, dans ce cas, le légataire aura son recours contre le débiteur de cette dette.

Il est clair qu'il s'agit, dans l'article 897, du legs d'un corps certain. Si, au contraire, le testateur a légué une chose indéterminée dans son individualité, comme cent minots de blé ou une somme d'argent, il ne peut être question d'aliénation de cette chose et partant pas de révocation du legs de ce chef. Ainsi, il importerait peu que le testateur aurait aliéné tous ses biens présents (*b*).

Il en est de même du legs universel ou à titre universel, car il n'y a pas ici de *chose léguée*, le legs portant sur une universalité—c'est-à-dire le patrimoine du testateur, ou une quote-part de ce patrimoine—que le légataire devra prendre telle qu'elle se trouve au décès du testateur, et, partant, avec distraction des biens que le testateur en avait lui-même distraits. Donc, pas de révocation du legs universel ou à titre universel par suite des aliénations que le testateur a faites de ses biens, pas même, a jugé la cour de cassation, par l'aliénation de tous ses biens à titre de rente viagère, car alors le légataire pouvait, par son titre, réclamer les biens acquis par le testateur subséquemment à l'aliénation (*c*).

Il convient de remarquer que l'aliénation par donation à cause de mort pourrait révoquer toute espèce de legs et même le legs universel, lorsque la donation elle même est universelle, sauf la faculté que l'article 823 réserve au donateur, dans une donation à cause de mort, de disposer, par donation entre vifs ou par testament, de sommes modiques, à titre de récompense ou autrement (*d*).

(*a*) Voy. aussi l'explication de l'article 889, *supra*, pp. 390 et suiv., et p. 397.

(*b*) Il me semble cependant que si le testateur avait dit : " Je lègue à Pierre un cheval à prendre parmi les chevaux de mon écurie," et que plus tard, il aliénât tous les chevaux de cette écurie, le legs se trouvera révoqué, car dans ce cas la chose est déterminée en ce sens qu'elle doit être prise parmi certains objets qui appartiennent au testateur.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 645.

(*d*) Demolombe, n° 236.

Une question qui est controversée en France (*a*), c'est de savoir si l'aliénation faite par le curateur à l'interdit pour démence, même avec l'autorisation judiciaire, emporte révocation du legs, et les meilleurs auteurs se prononcent pour la négative (*b*). Cette solution s'impose à mes yeux. Les articles 892 et 897 n'envisagent que l'aliénation faite *par le testateur*, et de plus, ce dernier étant interdit pour cause de démence, ne pouvant, partant, tester, ni révoquer son testament, ni son curateur pour lui (art. 834), il s'ensuit que le curateur ne peut le faire, même avec l'autorisation judiciaire. Cependant, on reconnaît que le legs sera caduc, si la chose n'est pas redevenue la propriété du testateur lors de son décès. Le seul recours qui resterait au légataire dans ce cas, c'est l'action en dommages-intérêts contre le curateur, s'il parvenait à démontrer que ce dernier n'a fait l'aliénation que pour rendre le legs caduc (*c*).

II. Destruction, lacération ou rature du testament.—Notre article 892 range, parmi les modes de révocation, " la destruction, la " lacération ou la rature du testament olographe ou de celui " en la forme dérivée de la loi d'Angleterre, faites délibéré- " ment par le testateur ou par son ordre, avec intention de " révocation ; et en certains cas la destruction ou la perte du " testament par cas fortuit, parvenue à la connaissance du " testateur, ainsi qu'il est exposé en la section troisième du " présent chapitre."

Le législateur se réfère ici à l'article 860 qui, après avoir dit que, lorsque la minute ou l'original d'un testament a été perdu ou détruit par cas fortuit, avant le décès du testateur, la preuve peut s'en faire en la manière réglée pour le cas quant aux autres actes et écrits au titre *Des obligations*, ajoute : que " si le testateur a connu la destruction ou la perte " du testament et s'il n'y a pas suppléé, il est censé l'avoir " révoqué, à moins d'une manifestation postérieure de la " volonté d'en maintenir les dispositions."

Ces dispositions ne se trouvent pas au code Napoléon, mais elles ne font qu'énoncer, du moins quant à la destruction du testament par le testateur, la doctrine des auteurs (*d*). Elles

---

(*a*) Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 1038, nº 3.

(*b*) Comp. Demolombe, nº 238 ; M. Baudry-Lacantinerie, nº 646.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.* Voy., sur cette question, Demolombe, nºs 239 et suiv,

(*d*) Comp. Demolombe, nºs 248 et suiv. ; M. Baudry-Lacantinerie, nº 647.

expliquent d'ailleurs d'une manière claire quels faits donnent lieu à la révocation. Le testament sera révoqué :

1° Si le testateur l'a détruit, lacéré ou raturé délibérément et avec intention de révocation ;

2° Si, avec la même délibération et la même intention, il l'a fait détruire, lacérer ou raturer par un tiers.

Il n'est question à l'article 892 que du testament olographe et du testament suivant la forme anglaise. Donc, le fait par le testateur de détruire, lacérer ou raturer une copie ou expédition de son testament reçu devant notaires, n'emportera pas révocation. Il en serait autrement si le testateur avait réussi à se procurer la minute elle-même et l'avait détruite (*a*).

La révocation sera partielle quand le testateur n'a biffé qu'une ou plusieurs des dispositions du testament sans toucher aux autres. Elle serait totale, cependant, s'il avait raturé une partie essentielle du testament, comme sa signature ou l'attestation des témoins.

Si le testament a été fait en double ou en *triplicata*, il y aura pareillement révocation si le testateur a détruit l'original resté entre ses mains et ordonné aux dépositaires de détruire les autres originaux, quand même ces derniers auraient refusé ou négligé de le faire. Mais la simple destruction de l'un des originaux du testament, même par le testateur, ne fera pas présumer la révocation (*b*).

L'article 892 exige que la destruction, la lacération ou la rature ait été faite par le testateur ou d'après son ordre, délibérément et avec intention de révocation. Il est clair que le fait d'un tiers, non autorisé par le testateur, ne peut affecter la validité du testament. Mais comment démontrer que l'état du testament est le fait délibéré du testateur et que c'est avec intention de révocation qu'il l'a mis dans cet état ?

Je suis porté à croire que l'état même du testament fait naître une présomption contre sa validité, puisque le légataire présente un acte qui, à sa face même, paraît avoir été annulé par le testateur, et que c'est au légataire à détruire cette présomption. Le fait que ce testament aurait toujours été en la possession du testateur donnerait à cette présomption une très grande force. S'il avait été en la possession d'un tiers, on pourrait peut-être présumer que ce tiers est l'auteur de la destruction ou de la lacération. En tous cas, la preuve testimo-

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.* ; Demolombe, nos 255, 256.

(*b*) Demolombe, n° 250.

niale serait admissible pour prouver les circonstances dans lesquelles le testament a été raturé ou lacéré. Il est impossible d'ailleurs de poser une règle absolue sur cette question, qui est à tous égards une question de fait et d'appréciation (*a*).

3° Le testament est censé révoqué lorsqu'il a été perdu ou détruit par cas fortuit, à la connaissance du testateur qui n'y a pas suppléé. Il y a dans ce cas acquiescement par le testateur à la destruction de son testament.

Les articles 860 et 892 parlent de la perte ou destruction du testament *par cas fortuit*. Le cas fortuit, selon la définition du code, est un événement imprévu causé par une force majeure à laquelle il était impossible de résister (art. 17, § 24). Cependant, je crois que la destruction du testament qui procède du fait volontaire d'un tiers et dont le testateur a eu pleine connaissance, fera présumer l'acquiescement de ce dernier et la révocation du testament, si, dans un temps raisonnable, il n'y a pas suppléé. Ce serait une sorte de ratification. Toutefois, je ne voudrais pas poser à cet égard une règle absolue, car l'intention de révoquer doit s'apprécier suivant les circonstances de chaque espèce, et ces circonstances varient à l'infini.

Le testateur, cependant, peut empêcher cette révocation de son testament, en déclarant que malgré la destruction ou la perte du testament il y persiste, et alors ce sera au légataire, si le testament a été entièrement détruit, à en prouver le contenu.

2° *De la révocation judiciaire.*

I. Définition.—Nous venons d'étudier la révocation volontaire des testaments, laquelle, qu'elle soit expresse ou tacite, procède toujours du fait du testateur. Nous avons maintenant à nous occuper de la révocation judiciaire, qui est celle que la justice, après la mort du testateur, prononce, pour certaines causes limitativement déterminées, à la demande des héritiers ou légataires du testateur ou des autres intéressés. A la différence de la révocation volontaire, la révocation judiciaire procède toujours du fait du légataire (*b*). Je puis ajouter que le code ne consacre qu'un seul article à la révocation judiciaire

(*a*) Comp. Demolombe, nos 253, 254 ; M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, t. 2, nos 2785 et suiv.

(*b*) Cela est moins exact dans le cas de la condition résolutoire, mais il n'y a pas là, à proprement parler, révocation du testament.

des testaments et des legs, ce qui, on le comprend, rend singulièrement difficile la tâche de l'interprète.

II. Causes de la révocation judiciaire.—Ces causes sont énumérées en ces termes par l'article 893 :

893. " La demande en révocation d'un testament ou d'un legs " peut aussi être admise : pour la participation du légataire à " la mort du testateur, ou pour cause d'injure grave faite à sa " mémoire, de la même manière que dans le cas de succession " légitime ; ou encore si le légataire a gêné le testateur quant " à la révocation ou à la modification du testament : par " suite de la condition résolutoire (*a*) ;—

" Sans préjudice aux causes pour lesquelles le testament ou " le legs peuvent être attaqués dans leur validité.

" La survenance d'enfants au testateur n'opère pas la révo- " cation.

" L'inimitié survenue entre lui et le légataire ne la fait pas " non plus présumer."

Il y a sous ce rapport une différence essentielle entre notre droit et le droit français moderne. Aux termes des articles 1046 et 1047 du code Napoléon, les causes de révocation des testaments sont à une exception près les mêmes que celles que ce code décrète quant aux donations entre vifs. Ainsi, d'après ces articles, le testament pourra être déclaré révoqué : 1° pour cause d'inexécution des charges imposées par le testateur au légataire ; 2° pour cause d'indignité du légataire, ce qui arrive : *a.* s'il a attenté à la vie du testateur ; *b.* s'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves (*b*) ; 3° pour cause d'ingratitude du légataire, résultant de ce qu'il se serait rendu coupable d'injure grave envers la mémoire du testateur.

Il n'est pas question, dans le code Napoléon, de l'action

(*a*) Dans le texte proposé par les codificateurs, ainsi que dans la version anglaise de notre article, le chiffre " 1 " précède les mots " pour la " participation du légataire," etc., et le chiffre " 2," les mots " par suite " de la condition résolutoire." Il est clair que ces deux membres de phrase sont distincts.

(*b*) Le législateur français a omis à dessein la troisième cause d'indignité du donataire, le refus d'aliments, car le testateur pouvant toujours révoquer son testament, ce qui n'est pas le cas du donateur, il est à présumer, lorsqu'il l'a maintenu, qu'il a pardonné au légataire. D'ailleurs ce dernier ne recevant rien du vivant du testateur, on ne peut dire que le legs le rende débiteur d'aliments à l'égard de celui-ci.

contre le légataire qui a gêné le testateur quant à la révocation ou à la modification du testament.

Donc, dans notre droit, le législateur a déterminé les cas où la révocation peut être prononcée, et ces cas, nous le verrons, ne sont pas les mêmes qu'en matière d'indignité de l'héritier légitime ou d'ingratitude du donataire entrevifs. Ce sont, au contraire, les causes de révocation des donations que l'on invoque dans le droit français moderne, à l'exclusion des causes d'indignité de l'héritier *ab intestat.*

Notre article 893 diffère encore de l'ancien droit, et son dernier alinéa, quant à l'inimitié survenue entre le testateur et le légataire, est de droit nouveau. Les codificateurs avaient d'abord rédigé un article (l'art. 144 du projet de ce titre), dont le premier alinéa portait que " la demande en révocation d'un " testament ou d'un legs peut aussi être admise, 1° pour les " causes mentionnées aux articles 15 et 16 (ce sont nos articles " 610 et 611) du titre *Des successions ;* 2° par suite de la con- " dition résolutoire." Le dernier alinéa de l'article 144 du projet, disait : " L'inimitié survenue entre lui et le légataire la " fait présumer en certains cas " ; le reste de l'article était identique à notre article 893. Puis les codificateurs ont proposé, comme amendement à l'article 144, l'article 144*a* qui est textuellement notre article 893.

Dans leur rapport, ils disent que l'article 144 expose " les " causes de révocation qui tiennent à l'indignité du légataire ; " l'article en amendement, 144*a*, expose les cas d'indignité " avec renvoi aux successions ; la condition résolutoire a aussi " son effet sous l'un comme sous l'autre article. La déclaration " que la survenance d'enfants n'opère pas la révocation ne peut " être regardée comme un amendement sous l'empire des lois " en force. La révocation présumée de l'inimitié offrait quelque " chose de trop vague et de trop défavorable : c'est encore là " une des présomptions qu'il était bon de faire disparaître, ce " qu'opère l'article amendé."

On remarquera que l'article 144 allait plus loin que l'article 144*a* quant aux causes d'indignité du légataire. Le premier incorporait les articles 610 et 611 du code. Le second mentionne spécifiquement les causes d'indignité du légataire, et ce ne sont pas du tout les mêmes que dans le cas de l'héritier. Notre article 893 dit que la révocation peut être demandée : 1° pour la participation du légataire à la mort du testateur ; 2° pour injure grave à sa mémoire ; 3° si le légataire a gêné le testateur quant à la révocation ou à la modification de son

testament. L'article 610, au contraire, prononce l'indignité de l'héritier : 1° lorsqu'il est convaincu d'avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt ; 2° lorsqu'il a porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse ; 3° lorsque, étant majeur et instruit du meurtre du défunt, il ne l'a pas dénoncé à la justice, sauf la réserve quant à l'époux et aux très proches parents du meurtrier que porte l'article 611. Les mots de l'article 893, "de la même manière que dans le cas de succession légitime," paraissent se référer au mode de procéder, plutôt qu'aux causes d'indignité. Quelle qu'ait donc été l'intention des codificateurs, le système que le code consacre ici diffère, quant aux causes de révocation, du système qu'il a adopté à l'égard de l'indignité de l'héritier, comme il est clair qu'il diffère des dispositions qui permettent la révocation d'une donation pour cause d'indignité du donataire (art. 813).

Si maintenant nous interrogeons l'ancien droit, nous trouvons dans Pothier (*Donations testamentaires*, n° 314) l'énumération suivante des causes d'indignité :

1° Lorsque le légataire a été complice de la mort du testateur ; s'il avait fait quelque injure sanglante à sa mémoire ;

2° Lorsque le légataire a empêché le testateur de révoquer le testament qu'il avait fait en sa faveur, ou même d'y retoucher ;

3° Lorsque le légataire, après avoir été nommé exécuteur testamentaire du défunt et avoir reçu un legs pour le récompenser des soins de l'exécution du testament, avait refusé de se charger de cette exécution ; et il en était de même du legs que le testateur avait fait à une personne dans la prévision qu'elle serait nommée tutrice des enfants du testateur, lorsque le légataire, quoique nommé tuteur, s'était excusé de la tutelle par quelque privilège (*a*).

Les codificateurs ont accueilli les deux causes d'indignité en premier lieu mentionnées, et, sauf le cas de l'inimitié, et en écartant la troisième cause pour la raison expliquée en ma note, l'article 893 me paraît conforme à l'ancien droit. La révocation des testaments et des legs peut donc être judiciai-

---

(*a*) Il est vrai que Pothier qualifie cette troisième cause *d'espèce de cause d'indignité*. En effet, il s'agit là plutôt d'une condition qui rend le legs caduc, que de l'indignité du légataire. Les codificateurs ont eu raison de l'écarter, comme cause d'indignité, d'autant plus que le refus de la personne désignée comme exécuteur testamentaire d'accepter cette charge, est une cause de caducité du legs qui lui était fait à titre de rémunération de ses services (art. 910).

rement prononcée : 1° pour cause d'indignité du légataire ; 2° par suite de la condition résolutoire.

Elle peut l'être pour cause d'indignité du légataire dans trois cas :

1° Lorsque le légataire a participé à la mort du testateur. Peu importe qu'il soit l'auteur de cette mort ou seulement complice du meurtrier. Il ne me paraît pas nécessaire qu'il ait été préalablement convaincu de ce crime, comme dans le cas de l'héritier indigne.

2° Lorsque le légataire a été coupable d'une injure grave à la mémoire du testateur. On pourrait dire qu'il s'agit ici plutôt de l'*ingratitude* que de l'*indignité* du légataire. Il faut, à tout événement, que l'injure soit *grave.* Pothier (n° 314) se servait de l'expression d'*injure sanglante*—et on peut entendre par ce mot les propos, les actes ou les écrits par lesquels le légataire attente à la mémoire du testateur (*a*)—et puisqu'elle attaque sa *mémoire*, je crois que l'injure doit avoir un caractère de publicité, ce qui semble la différencier de celle qui peut faire prononcer la révocation de la donation entre vifs (*b*).

On a décidé, en France, qu'il n'y a pas injure grave à la mémoire du testateur :—dans le fait que le légataire aurait soustrait des objets dépendant de la succession, ce fait étant dirigé contre des tiers, les héritiers ; dans le fait que la veuve du testateur aurait été coupable d'inconduite, même avant l'expiration de l'année de son deuil, sauf le cas où les dérèglements de la veuve seraient accompagnés de circonstances, relativement à la mémoire de son mari, qui les feraient considérer comme une injure grave ; dans le fait que le testateur aurait légué la chose de son légataire et que ce dernier refuserait d'exécuter le legs ; dans le fait qu'il attaquerait le testament par les voies de droit, quoiqu'il ait succombé (*c*).

Je puis ajouter que puisqu'il s'agit d'injure faite à la *mémoire* du testateur, cette injure doit être subséquente à son décès ; on ne pourrait invoquer une injure faite du vivant du testateur.

3° La révocation peut être prononcée lorsque le légataire a gêné le testateur quant à la révocation ou à la modification

---

(*a*) Comp. *supra*, p. 175.

(*b*) Voy. *supra*, p. 176.

(*c*) Demolombe n°s 274 et suiv. Voy. aussi Pothier *Introd. au titre 16 de la coutume d'Orléans*, n° 134.

de son testament. Le mot "*gêné*" est vague. Pothier se servait de l'expression *empêcher*. La version anglaise de notre article se rapproche plutôt de la version française que de l'expression de Pothier, tout en se servant d'un mot moins vague, puisqu'elle dit : "if the legatee *hindered* the revoca-" tion or modification of the will," car le mot "*hinder*" veut dire : se mettre de travers, opposer des obstacles, etc. (*a*). Toutefois, je crois qu'il faut que l'obstacle opposé par le légataire ait été sérieux et que le légataire ait lui-même manqué à un devoir au moins moral. Ainsi, le fils du testateur, à qui ce dernier avait légué une grande partie de sa fortune, au détriment de ses autres enfants, refuse à la demande de son père malade au lit, de mander un notaire pour que le testateur puisse réparer l'injustice qu'il avait faite aux autres membres de sa famille. Ou il lui refuse du papier et de l'encre pour qu'il puisse modifier son testament. Ou bien, le légataire, dépositaire du testament, refuse de le remettre au testateur pour lui permettre de le changer. Dans tous ces cas, il aura gêné le testateur quant à la révocation ou à la modification de son testament. Mais le fait de faire des représentations au testateur qui ne soient pas entachées de manœuvres frauduleuses ou dolosives, ou de prévarication mensongère, ne serait certainement pas une cause de révocation, bien que le légataire ait effectivement détourné le testateur de son projet de modifier son testament. On pourra, au surplus, consulter ce que j'ai dit plus haut (pp. 52 et 254) de la suggestion et de la captation.

Les testaments ou les legs peuvent encore être révoqués ou plutôt déclarés non avenus par suite de la condition résolutoire. Il faut ajouter que cette condition doit être exprimée. Il n'y a pas, dans notre droit, de condition résolutoire tacite en matière de testament pas plus qu'en matière de donation entre vifs. La révocation ne pourra donc être prononcée pour cause d'inexécution des charges imposées au légataire par le testateur, si cette condition n'est pas exprimée ou, ce qui revient au même, si le legs n'est pas subordonné à l'accomplissement de cette condition (*b*).

Le code s'explique expressément sur deux cas :

"La survenance d'enfants au testateur n'opère pas la révo-

(*a*) On traduirait "*empêcher*" par "*prevent*."

(*b*) Il en est autrement en France Voy. M. Baudry-Lacantinerie, nº 684.

"cation" (art. 893). Et les codificateurs ajoutent que cette disposition "ne peut être regardée comme un amendement sous "l'empire des lois en force." La question était l'objet de chaudes controverses sous l'ancien droit (*a*), mais la solution de notre article semblait triompher, et c'est du reste ce qu'on enseigne aujourd'hui en France (*b*). En effet, le testateur peut, s'il le veut, révoquer son testament et son silence dénote son intention de le maintenir. Il est vrai qu'il peut être en état d'incapacité à ce moment, et que la disposition de notre article peut conduire à des résultats regrettables, comme lorsque le testateur meurt sans enfants, laissant sa femme dans un état de grossesse qu'il ignore (*c*). Quoi qu'il en soit le code est formel et il ne fait que répéter ici une disposition qu'il décrète dans le cas des donations entre vifs (art. 812).

Le second cas c'est celui de l'inimitié survenue entre le légataire et le testateur, et, sous ce rapport, l'article 893 a innové en portant que "l'inimitié entre lui et le légataire ne la fait pas non plus présumer." En effet, Pothier (nº 302) enseignait que "de grandes inimitiés survenues depuis le testament, "entre le légataire et le testateur, font présumer la révoca- "tion du legs, à moins qu'il n'y ait eu entre eux réconciliation "parfaite." Mais on avait égard à la qualité du légataire, et on présumait plus difficilement la révocation du testament dans le cas d'un des enfants du testateur que si le légataire n'eût été que son ami. Cependant, on a considéré en France que le testateur, n'ayant pas révoqué son legs, alors qu'il aurait pu si facilement le faire, a persévéré dans sa libéralité, malgré l'inimitié survenue entre lui et le légataire (*d*), et notre article 893 ne fait que consacrer, sur ce point, la doctrine française.

Il me reste à répondre à deux questions : 1º Par qui et contre qui la révocation peut-elle être demandée ? 2º Quels sont ses effets ? L'absence de dispositions spéciales sur ce sujet quand il s'agit de l'indignité du légataire, rend cette tâche assez périlleuse. Toutefois, m'aidant du renvoi que l'article 893 fait au titre *Des successions*, je tenterai de proposer une solution probable sinon absolument certaine.

(*a*) Nous trouvons même un ancien arrêt, *Hanna* v. *Hanna* (*Stuart's Repts*, p. 103), par lequel on a jugé que la naissance d'un enfant posthume était une cause de révocation partielle du testament du père de cet enfant.

(*b*) Voy. Demolombe, nº 263.

(*c*) Comp. M. Baudry-Lacantinerie, nº 649.

(*d*) Comp. Demolombe, nº 262.

III. Par qui et contre qui la révocation judiciaire peut-elle être demandée?—Il n'y a aucun doute quand la révocation résulte de l'accomplissement de la condition résolutoire. Toute personne intéressée, les héritiers, les légataires ou même les créanciers soit de la succession soit même des héritiers ou légataires intéressés à la révocation, peuvent demander cette révocation. Les créanciers, en la proposant, ne font qu'exercer les droits de leur débiteur, et ces droits n'étant pas exclusivement attachés à sa personne, on ne saurait douter du droit des créanciers de les exercer, lorsque, à leur préjudice, le débiteur refuse ou néglige de le faire (art. 1031). On peut ajouter que dans ce cas la résolution s'opère de plein droit (art. 1088).

La question, au contraire, devient très embarrassante lorsqu'il s'agit de la révocation du testament ou du legs pour cause d'indignité. J'ai dit qu'en matière d'indignité de l'héritier légitime, la plupart des auteurs français enseignent que les créanciers ne peuvent intenter l'action en indignité, car, dit-on, les créanciers ne peuvent exercer les droits de leur débiteur qui sont exclusivement attachés à sa personne, et le droit de faire prononcer l'indignité de l'héritier, est un droit qui se rattache à la constitution de la famille, partant, un droit personnel du parent du *de cujus* (*a*).

Je crois que cette opinion est plus sûre que celle qui ouvre l'action en indignité à tout intéressé, et même aux créanciers qui n'agissent que dans un but de lucre, alors que la famille du défunt se tait, peut-être, pour ne point perpétuer le souvenir de son déshonneur.

Mais, peut-on accorder l'action en révocation de testament ou de legs à tout légataire même étranger à la famille du testateur ? Je crois qu'on ne saurait la lui refuser, lorsque le motif de la révocation serait que le légataire qui exclut le demandeur aurait empêché le testateur de révoquer ou de modifier son testament, car le défendeur, par son fait et sa faute, a causé un dommage au demandeur, ce qui amène l'application de l'article 1053. Dans les autres cas d'indignité, la question est plus délicate, car on ne peut dire que le légataire étranger agit dans le but de venger l'honneur de la famille.

Cependant, la plupart des auteurs français enseignent que l'action révocatoire appartient à tout légataire, qu'il soit uni-

---

(*a*) Voy. mon tome 3, pp. 287-8. Je me suis rallié à ce système, sans méconnaître, toutefois, la force des arguments des dissidents. Voy. note, p. 288.

versel, à titre universel ou même particulier, qui est appelé par la loi ou par les termes du testament à acquitter le legs (a).

Quelle est la durée de l'action révocatoire ? Ici, la loi ne décrète aucune prescription, pas plus que dans le cas de l'héritier indigne (b). J'en conclus, par application de l'article 2422, que cette action durera pendant trente ans, à compter, me semble-t-il, du moment que le demandeur a eu connaissance du délit (c).

Contre qui l'action peut-elle être portée ? Evidemment contre le légataire coupable. Mais quand ce dernier est mort avant l'action et a transmis le legs qu'il avait recueilli à ses héritiers, peut-on intenter l'action révocatoire contre ces derniers ? Je crois que l'affirmative ne serait pas douteuse lorsque l'action révocatoire a pour cause l'accomplissement d'une condition résolutoire, car la condition rétroagit au jour du testament ou du moins du décès du testateur qui a transmis au légataire un droit résoluble. Il y a beaucoup plus de doute en matière d'indignité et même alors, je ne verrais pas de difficulté à permettre l'action lorsque le légataire a gêné le testateur quant à la révocation ou à la modification de son testament, car les héritiers du légataire répondent assurément du fait dommageable de leur auteur. Dans les autres cas d'indignité j'inclinerais également à reconnaître le droit d'action contre les héritiers du coupable, car on peut dire que la perte du legs pour cause d'indignité est une déchéance civile plutôt qu'une peine (d).

IV. Quels sont les effets de la révocation judiciaire ?—Je crois que nous pouvons répondre d'une manière générale que les effets de la révocation pour cause d'indignité sont les mêmes que dans le cas de succession légitime. Ainsi, quant à la personne

---

(a) Comp. Demolombe, nº 292 ; Pandectes françaises, vis *Donations et testaments*, nos 9668.

(b) Il en est autrement en matière de révocation des donations pour cause d'indignité du donataire. Voy. l'art. 814.

(c) On remarquera que le point de départ de la prescription de l'action en révocation des donations pour cause d'ingratitude est la connaissance du délit (art. 814), et le code applique le même principe à un grand nombre de cas, notamment en matière de désaveu de paternité (art. 223), d'action paulienne (art. 1040), d'actions en dommages-intérêts pour cause d'injures verbales et écrites (art. 2262), etc. Voy. aussi l'article 2232.

(d) Comp. ce que j'ai dit quant à l'action en exclusion d'un héritier indigne, en mon tome 3, pp. 288 et 289, note (1).

du légataire, la révocation s'opérera avec effet rétroactif. La saisine du légataire sera anéantie pour le passé comme pour l'avenir, et le légataire devra restituer à ceux qui profitent de la révocation les choses léguées dont il a pris possession. Même le renvoi de l'article 893 nous permet de dire, par application de l'article 612, que le légataire indigne est tenu de rendre les fruits et revenus qu'il a perçus depuis l'ouverture de son legs. Bien entendu si, par suite de l'acceptation de son legs, il y a eu confusion des créances qu'il avait contre le testateur, ces créances revivront, car il est censé n'avoir jamais été héritier. Et il pourra également se faire rembourser les dettes héréditaires qu'il a payées (*a*).

A l'égard des tiers de bonne foi, je déciderais, comme dans le cas de la succession légitime (*b*), que la saisine existe pour le passé mais qu'elle est anéantie pour l'avenir, à compter de l'enregistrement du jugement de révocation. Le même principe s'applique lorsqu'il s'agit de la révocation des donations pour cause d'ingratitude (art. 815) et il paraît s'imposer ici.

Le renvoi de l'article 893 au titre *Des successions* ne s'applique pas à la révocation qui a pour cause les obstacles que le légataire a apportés à la révocation ou à la modification du testament. Cependant je crois que l'effet de cette révocation est encore le même quant à la personne du légataire comme à l'égard des tiers. Autrement, le légataire profiterait de son dol et de sa mauvaise foi.

Les effets de la révocation prononcée par suite de l'accomplissement de la condition résolutoire n'ont guère besoin d'explication. La condition résolutoire anéantissant rétroactivement le droit qui y était soumis, le legs est censé n'avoir jamais existé, même à l'égard des tiers de bonne foi qui ont contracté avec le légataire. Ils ont acquis un droit résoluble comme celui de leur auteur et ce droit s'évanouit avec le legs. La révocation se produit même de plein droit, le jugement ne fait que la constater (art. 1088).

§ II.—*De la caducité des legs.*

On dit que le legs est caduc, lorsque, par suite d'une cause qui n'affecte pas sa validité, il demeure sans effet. Il *tombe* alors et c'est pour cela qu'on l'appelle *caduc*, mot qui dérive

(*a*) Voy., au surplus, mon tome 3, pp. 289-291.

(*b*) Comp. mon tome 3, p. 291.

du latin *cadere*. Les causes de caducité se rattachent soit à la personne du légataire, soit à la chose léguée elle-même ; il n'est nullement question de la personne du testateur.

1° *Causes de caducité qui se rattachent à la personne du légataire.*

Ces causes sont au nombre de trois : 1° le prédécès du légataire ; 2° son incapacité ; 3° son refus.

I. Prédécès du légataire.—Dans les successions testamentaires comme dans les successions *ab intestat*, il faut, pour pouvoir recueillir le legs exister civilement à l'instant de l'ouverture de la succession (art. 608). C'est pour cela que l'article 900 porte que " toute disposition testamentaire est caduque, si " celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au tes- " tateur " (*a*).

Il s'agit ici d'un legs pur et simple, c'est-à-dire celui où le droit du légataire s'ouvre dès l'instant du décès du testateur. Toutefois, par application du principe de l'article 608, il faut tenir comme ayant survécu au testateur celui qui était alors conçu s'il est ensuite né viable : *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur.* Mais si au moment du décès du testateur, le légataire ne vit plus, le legs sera caduc, et les enfants du légataire seront sans droit, car la représentation n'est pas admise dans les successions testamentaires. Il en serait autrement si le légataire a survécu au testateur ne fût-ce qu'un instant, il a recueilli le legs et il transmettra la chose léguée à ses héritiers (*b*).

Lorsque le legs est fait sous condition suspensive, le décès du légataire avant l'accomplissement de la condition entraînera la caducité du legs. Ainsi, le testateur donne un immeuble à Pierre au cas où Paul se marierait. Si Pierre décède avant le mariage de Paul, bien qu'il ait survécu au testateur, le legs sera caduc. C'est le principe que l'article 901 énonce en ces termes :

901. " Toute disposition testamentaire faite sous une con-

(*a*) C'est la copie de l'art. 1039 du code Napoléon.

(*b*) Il faudra prouver la survie du légataire. On ne pourra, dans le cas de personnes appelées à la succession testamentaire l'une de l'autre, s'aider des présomptions des articles 603 à 605, car ces présomptions ne sont pas applicables dans le cas de successions testamentaires. Comp. mon tome 3, p. 265.

" dition dépendant d'un événement incertain, est caduque si " le légataire décède avant l'accomplissement de la condi- " tion " (*a*).

Cet article n'est que le corollaire de l'article 838 que j'ai expliqué *supra*, pp. 261 et suiv. On peut d'ailleurs résumer les articles 900 et 901 par une règle unique : le legs sera caduc si le légataire décède avant son ouverture, cette ouverture se plaçant, dans le cas de l'article 900, au décès du testateur, et dans celui de l'article 901, à l'accomplissement de la condition.

Toutefois, il ne faut pas confondre la *condition* avec le *terme*. Dans le premier cas, l'ouverture même du legs dépend d'un événement incertain ; dans le second cas, le legs s'ouvre au décès même du testateur, mais son exécution et son paiement sont ajournés jusqu'à ce que le terme arrive. Ce terme doit être, on le comprend, un événement certain quant à sa réalisation, bien que l'époque à laquelle il se réalisera puisse être incertaine. Dans un cas, l'événement même est incertain, dans l'autre il est certain, mais le terme peut être incertain (*b*).

C'est le principe que l'article 902 formule en ces termes :

902. " La condition qui, dans l'intention du testateur, ne " fait que suspendre l'exécution de la disposition, n'empêche " pas le légataire d'avoir un droit acquis et transmissible à ses " héritiers " (*c*).

Donc, si le testateur a légué ses biens à un légataire, ajoutant qu'ils ne lui seront livrés qu'à sa majorité, et que le légataire meure en minorité, il transmettra ce droit à ses héritiers qui recueilleront les biens légués à l'époque où le légataire les aurait recueillis lui-même, s'il eût atteint sa majorité. Mais il est clair qu'une telle disposition peut renfermer une condition et non un terme et le tribunal déclarera le legs caduc, si, par des inductions tirées du testament ou des circonstances de la

---

(*a*) Cet article reproduit presque textuellement l'art. 1040 du code Napoléon, sauf que ce dernier article ajoute, après les mots " événe- " ment incertain," les mots : " et telle que, dans l'intention du testa- " teur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événe- " ment arrivera ou n'arrivera pas." Mais ces mots n'ajoutent rien à l'idée.

(*b*) On posait, dans le droit romain, le principe : *dies incertus conditionem in testamento facit*. Mais cette règle ne peut être admise dans notre droit, tout étant subordonné à la recherche de l'intention du testateur. Comp. Demolombe, nº 309.

(*c*) C'est la copie de l'article 1041 du code Napoléon. Voy. aussi l'énonciation du même principe à notre article 1085.

cause, il arrive à la conclusion que, dans l'intention du testateur, l'ouverture du legs était subordonnée à la condition que le légataire atteindrait sa majorité (*a*).

Il n'est pas même nécessaire que la condition soit de nature à ne pouvoir se réaliser qu'après le décès du testateur. Ainsi sera valable le legs fait à la condition que le légataire entretiendra le testateur jusqu'à son décès (*b*). On a contesté toutefois cette solution en France, mais on ne saurait le faire chez nous, étant donnée la liberté illimitée de tester. D'ailleurs, en renversant les termes de la condition, le testateur aurait très bien pu stipuler que le legs serait révoqué si le légataire manquait de l'entretenir jusqu'à sa mort. Cependant, il faudrait examiner les termes de la disposition, dans un cas comme dans l'autre, pour voir s'il n'y aurait pas là pacte sur succession future, car il peut se faire que le testament n'a été fait que pour donner effet à une telle stipulation (comp. Laurent, t. 16, nº 95) (*c*).

On sait que la condition suspensive, lorsqu'elle s'accomplit, rétroagit au jour auquel l'obligation a été contractée (art. 1085). Donc si le legs porte sur un corps certain, le légataire, qui a survécu jusqu'à l'accomplissement de la condition, sera censé avoir été propriétaire de cette chose dès le décès du testateur, et les droits qu'il a consentis sur cette chose, *pendente conditione*, seront maintenus, et ceux que l'héritier a conférés seront non avenus. En cas de caducité, c'est l'inverse qui arrivera. Remarquons que, *pendente conditione*, l'héritier est propriétaire de la chose léguée sous la condition résolutoire de l'accomplissement de la condition suspensive. Pendant la même période, le légataire peut faire tout acte conservatoire, car il a un droit conditionnel. Mais l'héritier a la saisine

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, nº 652.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *loco citato*.

(*c*) Demolombe (nº 314 *bis*) cite un curieux exemple d'un testament conditionnel. Le testateur demeurait dans une province éloignée de Paris et étant sur le point de visiter cette ville, crut prudent de faire son testament qu'il commença par ces mots : " Si je viens à mourir pendant le voyage que je vais faire à Paris, voici mes dernières volontés." Le voyage se fit heureusement, et le testateur, de retour dans son pays, vécut encore trois ans. Consulté sur la validité de ce testament, Demolombe opina qu'il était valable, la phrase du début exprimant, non pas une condition à laquelle le testateur entendait subordonner la validité de son testament, mais seulement le motif et l'occasion qui l'avaient déterminé à le faire à cette époque plutôt qu'à une autre.

légale de la chose, la saisine du légataire ne datant que de la réalisation de la condition (art. 891).

On décide en France que le légataire ne peut réclamer les fruits échus avant l'accomplissement de la condition, malgré la rétroactivité de cette condition. On invoque l'article 1014 du code Napoléon, qui n'accorde les fruits au légataire qu'à compter de sa demande en délivrance du legs ou de la délivrance qui lui est volontairement consentie (*a*). Nous n'avons pas de disposition semblable, mais je crois que cette solution peut s'autoriser des termes de notre article 871.

Il va sans dire que les legs faits en faveur d'une corporation ne seront que très rarement sujets à cette caducité, car les corporations, règle générale, ne meurent pas. Si toutefois elle était dissoute lors de l'ouverture du legs, la caducité de ce legs ne souffrirait aucun doute (*b*).

II. Incapacité du légataire.—Lorsque le légataire est incapable de recevoir lors de l'ouverture du legs, ce legs devient caduc. Ainsi, le testateur fait une donation testamentaire en faveur d'un légataire qui, lors de l'ouverture du legs, se trouve sous le coup d'une sentence entraînant la mort civile. Le legs sera caduc. C'est du reste ce que l'article 904 porte en ces termes :

904. " La disposition testamentaire est caduque lorsque " le légataire la répudie ou se trouve incapable de la re- " cueillir " (*c*).

III. Répudiation du legs par le légataire.—Ainsi que le dit l'article 904, la répudiation que le légataire fait du legs est encore un cas de caducité. Car on ne peut le forcer d'accepter la libéralité qui lui est offerte et sa répudiation enlève tout effet au legs.

Mais le légataire ne saurait renoncer au legs, si ce n'est en un contrat de mariage, avant le décès du testateur (art. 658), et une telle renonciation étant nulle n'entraînera pas la caducité du legs. Toutefois rien n'empêche que la renonciation soit tacite (*d*) ; les formalités que le code prescrit pour la pro-

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 653.

(*b*) On pourra consulter sur toutes ces questions mon explication de l'article 838, *supra*, pp. 261 et suiv.

(*c*) C'est la reproduction de l'article 1043 C. N.

(*d*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 656.

tection des tiers, et notamment l'enregistrement de la renonciation (art. 2126), n'affectent pas la caducité du legs entre les héritiers et légataires du testateur et le légataire renonçant.

Cependant, on enseigne que le légataire peut accepter le legs après l'avoir répudié si les choses sont entières, c'est-à-dire si la répudiation n'a pas été acceptée par ceux auxquels elle doit profiter, et que les créanciers du renonçant peuvent faire rescinder la répudiation qui a été faite au préjudice de leurs droits (*a*).

2° *Cause de caducité relative à la chose léguée.*

L'article 903 expose comme il suit la règle de la caducité qui provient de la chose léguée :

903. " Le legs est caduc si la chose léguée a totalement péri " pendant la vie du testateur.

" La perte de la chose léguée survenue après la mort du " testateur a lieu pour le légataire, sauf les cas où l'héritier " ou autre détenteur peut en être responsable d'après les " règles applicables généralement à la chose qui fait le sujet " d'une obligation " (*b*).

J'envisagerai séparément les deux hypothèses que prévoit l'article 903.

I. Perte totale de la chose léguée avant l'ouverture du legs.—L'article 903, dans son premier alinéa, ne parle que de la perte de la chose léguée *pendant la vie du testateur*, mais cette formule n'est pas assez large. Il faut dire : perte totale de la chose léguée *avant l'ouverture du legs*. En effet, le moment du décès du testateur n'est décisif que pour le legs pur et simple. Quand le legs est conditionnel, le moment capital, c'est celui de l'accomplissement de la condition suspensive. On rencontre

---

(*a*) Demolombe, nos 333, 337.

L'article 910 indique un autre cas de caducité du legs. Il porte que le legs fait à titre rémunératoire à un exécuteur testamentaire est caduc, par défaut de la condition, si l'exécuteur n'accepte pas la charge. Ce n'est là que l'application des principes qui régissent les legs conditionnels.

(*b*) Le premier alinéa de notre article est copié textuellement sur le premier alinéa de l'article 1042 du code Napoléon. Le second alinéa diffère de l'alinéa correspondant de l'article 1042, en ce que ce dernier article suppose à tort que la perte totale de la chose léguée après la mort du testateur peut entraîner la caducité du legs, ce qui n'arriverait qu'au cas d'un legs conditionnel. Au fond, notre deuxième alinéa est conforme au droit français ancien et nouveau.

les deux cas en disant que la perte totale de la chose léguée survenue avant l'ouverture du legs entraîne la caducité de ce legs.

Mais il s'agit, bien entendu, du legs d'un corps certain, comme une maison, un cheval déterminé ; si le legs porte sur une chose qui n'est déterminée que quant à son espèce, comme un cheval *in genere*, cent mesures de blé, on ne peut dire que la chose a péri, car les genres ne se détruisent pas : *genus nunquam perit.* Il en serait autrement si le testateur avait légué cent mesures de blé à prendre dans sa grange ou un cheval parmi ceux qui se trouvent à son écurie ; alors, si tout le blé ou tous les chevaux ont été détruits, le legs sera caduc.

Il faut, comme le dit l'article 903, que la perte soit *totale ;* si elle n'est que *partielle*, le legs ne sera pas caduc, mais il se restreindra à ce qui reste de la chose léguée. Ainsi le legs d'un troupeau sera caduc si le troupeau a péri en entier, mais aura son effet quant à ce qui reste de ce troupeau, quand même la plupart des bestiaux qui le composent auraient péri (*a*).

Il importe donc de bien préciser ce que c'est qu'une *perte totale.*

On distingue deux espèces de pertes :

1° La perte matérielle ;

2° La perte civile.

Il y a *perte matérielle* lorsque la chose elle-même a été matériellement détruite. Ainsi, on avait légué un tableau qui plus tard a été réduit en cendres par un incendie. Il n'y a guère de difficulté à conclure dans ce cas à la caducité du legs. Ajoutons que la perte de la chose elle-même entraîne celle de ses accessoires. Ainsi le légataire d'un cheval harnaché ne pourra pas réclamer le harnais ni le cuir de ce cheval mort avant l'ouverture du legs. Il en serait autrement si le cheval était mort après l'ouverture de ce legs ; ce qui en resterait serait la propriété du légataire (*b*).

Il y a *perte civile* quand la matière dont la chose est composée n'est pas détruite mais que la forme qui la caractérisait essentiellement et la différenciait des autres choses n'existe plus. En d'autres termes, c'est la forme propre et caractéris-

---

(*a*) Il suffirait qu'une seule tête de bétail reste, car bien que l'animal qui reste ne puisse pas constituer un troupeau, il fait cependant partie du troupeau qui avait été légué, et cela suffit pour que le legs ne se trouve pas caduc. Comp. Pothier, n° 326 ; Demolombe, n° 345.

(*b*) Pothier, n° 327 ; M. Baudry-Lacantinerie, n° 658.

tique de chaque chose qui en constitue l'essence et la substance, plutôt que la matière dont elle est composée (*a*), et lorsque cette forme n'existe plus, la substance de la chose se trouve détruite et le legs est éteint.

On en tire deux conséquences également exactes, mais dont l'une est l'inverse de l'autre :

Le legs est caduc quand la forme caractéristique, ou, si on aime mieux, la substance de la chose n'existe plus. Ainsi le testateur avait légué de la laine et cette laine a été convertie en drap, ou bien le legs portait sur du bois de construction dont on a fait un navire. Dans un cas comme dans l'autre, la substance de la chose léguée n'existe plus et le legs est caduc.

A l'inverse, il n'y a pas caducité lorsque la matière dont la chose était composée lors du testament n'existe plus, mais que la forme caractéristique de cette chose a été conservée. Ainsi, le legs d'un navire subsisterait malgré que, à la suite de réparations successives, il ne resterait plus une seule planche de sa construction primitive (*b*).

On comprend donc qu'il n'y a caducité du legs qu'autant que cette forme essentielle n'existe plus. Il en serait autrement si la forme accidentelle de la chose seule est changée. Ainsi, le legs d'un fonds de terre qui se trouvait en prairie lors du testament ne serait pas affecté par la transformation de ce fonds en vignoble (*c*).

Enfin, le legs sera également éteint si, lors de son ouverture, la chose léguée ne se trouve plus susceptible d'être léguée. Ainsi, elle n'est plus dans le commerce, ou elle est devenue la propriété d'un tiers. On comprend que le légataire est sans droit dans ce cas.

Il n'y a pas seulement les choses matérielles qui puissent périr ; il en est de même, juridiquement parlant, des choses incorporelles. Une créance, par exemple, devient éteinte par le paiement qu'en fait le débiteur, car le paiement est un mode d'extinction des obligations (art. 1138). Donc, si le testateur reçoit le paiement de la créance qu'il avait léguée, le legs se trouvera caduc, à moins qu'il n'apparaisse qu'il a entendu léguer le montant de la créance, plutôt que la créance elle-même (*d*).

(*a*) Pothier, nos 322, 323.

(*b*) Pothier, *loc. cit.* ; Demolombe, no 346 ; M. Baudry-Lacantinerie, no 658.

(*c*) Demolombe, no 347.

(*d*) M. Baudry-Lacantinerie, no 658.

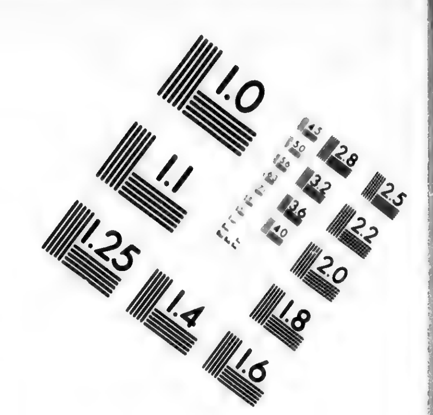
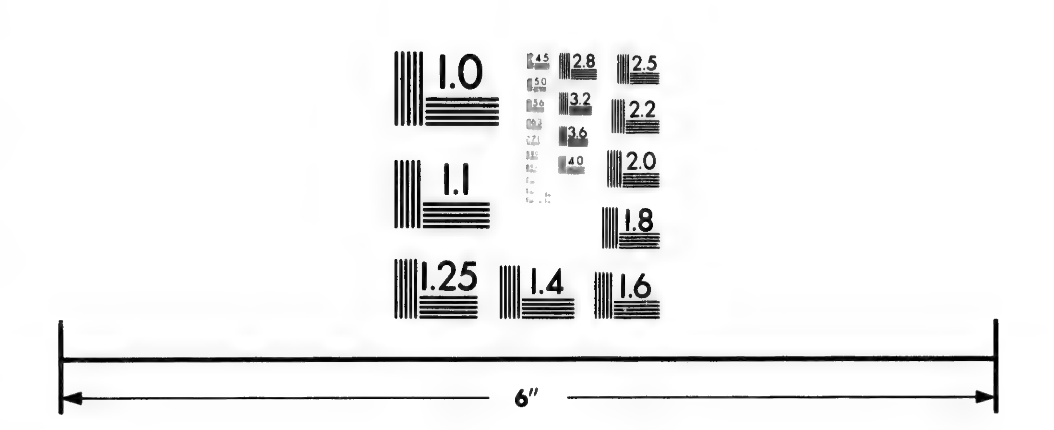


IMAGE EVALUATION
TEST TARGET (MT-3)




2.8
2.5
3.2
2.2
3.6
2.0
1.8
1.1
1.0

Remarquons enfin qu'il importe peu que la chose ait péri, avant la mort du testateur, par cas fortuit ou même par le fait du testateur, de l'héritier ou d'un tiers. Le legs sera caduc dans tous les cas, et le légataire n'aura pas même droit à l'action en dommages-intérêts contre l'auteur de la destruction ; il ne pourra non plus réclamer l'indemnité que celui-ci a pu payer. Cette indemnité ou l'action pour l'obtenir appartiennent à la succession (*a*).

Toutefois, cette solution ne s'appliquerait pas dans le cas d'un legs conditionnel si la destruction est survenue dans l'intervalle entre le décès du testateur et l'accomplissement de la condition. Ce n'est pas à dire que le legs ne sera pas caduc, mais le légataire, par suite de la rétroactivité de la condition, étant censé propriétaire de la chose léguée dès le décès du testateur, l'action en indemnité ou l'indemnité, si elle a été payée, lui appartiendra (*b*).

II. Perte totale de la chose léguée depuis l'ouverture du legs.— Le deuxième alinéa de l'article 903 dit que " la perte de la " chose léguée survenue après la mort du testateur (*c*) a lieu " pour le légataire, sauf les cas où l'héritier ou autre détenteur " peut en être responsable d'après les règles applicables géné- " ralement à la chose qui fait le sujet d'une obligation."

Il ne s'agit pas de caducité dans cette hypothèse. Le legs a produit tout son effet et le légataire est devenu propriétaire de la chose léguée. Cela amène l'application de la règle : *res perit domino*, et le détenteur qui n'est pas l'auteur de la destruction et qui n'était pas en demeure de livrer la chose au légataire, est entièrement libéré de son obligation de la lui délivrer. Même la demeure où se trouverait le détenteur qui n'est pas l'auteur de la destruction, ne pourra être invoquée contre lui si la chose aurait également péri en la possession du légataire. Il n'y a sur ces questions qu'à appliquer la dispo-

(*a*) Voy. *supra*, p. 376.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*

(*c*) Il serait plus exact de dire : " *après l'ouverture du legs*," puisque le législateur envisage ici une hypothèse où la caducité ne se produit pas. Au demeurant, cette formule est exacte dans le cas du legs pur et simple, et lorsque le legs est conditionnel, il est vrai de dire que le légataire, dans l'intervalle qui s'écoule entre le décès du testateur et l'accomplissement de la condition, conserve, sujet à l'accomplissement de cette condition, et malgré la caducité du legs, le recours qui appartient au propriétaire d'une chose contre l'auteur de sa destruction.

sition de l'article 1200, et il va sans dire que, dans tous les cas, le légataire a un recours en indemnité contre l'auteur de la destruction.

3° *Effets de la caducité des legs.*

Nous avons étudié plus haut deux des effets de la caducité des legs : 1° le maintien du legs dont le legs devenu caduc était chargé ; 2° le droit d'accroissement (*a*).

Il ne reste plus qu'une seule question à résoudre : au profit de qui la caducité du legs a-t-elle lieu ?

Le legs caduc, et il en est de même du legs révoqué, est tenu pour non écrit : *pro non scripto habetur.* Il s'ensuit que la caducité profitera à celui qui était chargé de la prestation de ce legs ou au préjudice duquel le legs se serait exécuté. Donc, si le legs était universel, sa caducité profitera au plus proche héritier du testateur. Si le testateur avait fait un legs universel et un legs à titre universel, la caducité de ce dernier legs sera au bénéfice du légataire universel. Si le testament renferme un legs universel, un legs à titre universel des immeubles, et un legs particulier d'un immeuble déterminé, le légataire à titre universel profitera de la caducité du legs particulier. Enfin, lorsqu'un légataire particulier est chargé d'acquitter un legs particulier, il bénéficiera de la caducité du legs dont le sien était grevé.

Ces principes souffrent exception dans le cas des substitutions et dans celui où il y a lieu à accroissement.

SECTION VI.—DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES.

Les codificateurs expliquent que cette section est assez étendue, mais qu'elle serait un peu abrégée si elle se bornait à la pratique d'avant la législation de 1774 et de 1801. Il s'ensuit que le vieux droit français ne sera pas pour nous un guide absolument sûr et que nous ne pourrons pas nous aider des dispositions du code Napoléon. Nous aurons en effet l'occasion de constater de profondes différences entre notre droit et le droit français moderne (*b*).

(*a*) *Supra*, pp. 321 et 323.

(*b*) On cite souvent, quand il s'agit de l'exécution testamentaire, des autorités tirées du droit anglais. J'admets qu'on le fasse à titre de comparaison, mais je crois qu'il ne faudrait pas donner à ces autorités une

L'exécution testamentaire était inconnue dans le droit romain. Il est vrai que le testateur chargeait quelquefois un tiers de l'exécution de quelques-unes de ses volontés, comme de veiller à ses funérailles, de lui ériger un monument, mais ce mandat était spécial et ne s'appliquait pas au testament tout entier.

C'est dans les pays de coutume que l'exécution testamentaire prit naissance et se développa. Suivant la parole de Ricard, le droit français s'est montré *plus industrieux* pour assurer l'exécution des dernières volontés du testateur. Cette institution du reste se recommande d'elle-même, tant son utilité est évidente. On peut craindre en effet que les héritiers et légataires du testateur mettent peu d'empressement à remplir ses intentions. D'ailleurs, puisqu'on accorde à tout majeur sain d'esprit le droit de tester, sans limite comme sans restriction (art. 831), il est logique de lui fournir le moyen d'assurer d'avance l'exacte et fidèle exécution de ses dispositions testamentaires.

§ I.—*De la nature de l'exécution testamentaire et des personnes qui peuvent en être chargées.*

1° *De la nature de l'exécution testamentaire.*

L'exécution testamentaire est un mandat que le testateur confie à l'un de ses héritiers ou légataires ou même à un tiers. Mais c'est un mandat qui diffère à plusieurs égards du mandat

---

portée plus considérable. Il est vrai que nous avons emprunté au droit anglais le principe de la liberté illimitée de tester, et que ce principe a entraîné des conséquences importantes, surtout quand il s'agit du droit du testateur de régler comme il l'entend les pouvoirs de son exécuteur. Mais il n'en est pas moins vrai que l'exécution testamentaire est d'origine française, et c'est au droit français qu'il faut recourir pour élucider les règles que le code a posées, sauf lorsque la doctrine française a été altérée par suite de l'introduction dans notre droit du principe de la liberté de tester. On n'aura, pour s'en convaincre, qu'à parcourir les autorités que les codificateurs ont citées. Le seul auteur anglais mentionné est Parsons ; on ne trouve d'ailleurs son nom que quatre fois sous les vingt articles de cette section, et l'une de ces citations a pour but de démontrer que le droit anglais est à l'encontre de la règle que notre code énonce. Pour conserver la pureté de notre droit civil, il faut avoir soin de n'y point mêler des éléments tirés du droit étranger. Puisque notre droit est français, il faut remonter à la source de ce droit quand il s'agit de l'expliquer, et non pas s'égarer ailleurs. Cette remarque s'appliquerait également à d'autres parties du code où la même tendance se constate : je pourrais mentionner notamment la question de la responsabilité civile.

ordinaire. Et d'abord, il commence à une période où le mandat ordinaire prend fin, c'est-à-dire à la mort du mandant. Ensuite il est imposé à des parties qui ne l'ont pas consenti et qui ne peuvent pas le révoquer, et, partant, l'exécuteur testamentaire est, non pas leur mandataire, mais celui du défunt.

D'un autre côté, comme dans le mandat ordinaire, l'exécuteur testamentaire n'est pas obligé d'accepter le mandat que le testateur lui confère, il peut y renoncer dans certains cas après l'avoir accepté, ses services sont gratuits, si le testateur n'a pas pourvu à leur rémunération, et l'exécuteur est responsable de sa gestion, si le testateur ne lui a pas laissé la libre disposition de sa succession sans responsabilité.

Nous pouvons donc appliquer à l'exécution testamentaire les règles qui régissent le mandat ordinaire, lorsque ces règles ne sont pas incompatibles avec les règles spéciales que cette section renferme. On se rappellera toutefois que l'exécuteur tient tous ses pouvoirs du testateur, que les tribunaux ne peuvent rien y ajouter et ne sauraient non plus intervenir dans la nomination et le remplacement des exécuteurs testamentaires, que lorsque le testateur a lui-même permis cette intervention. Les héritiers ou légataires du défunt ne peuvent rien retrancher aux pouvoirs que l'exécuteur testamentaire tient du testateur, et toute addition qu'ils y font ne peut constituer qu'un nouveau contrat, qui est régi par les règles qui lui sont propres.

J'ai dit qu'il découle de l'assimilation de l'exécution testamentaire au mandat, que l'exécuteur n'est pas tenu d'accepter sa charge et que ses fonctions sont gratuites. Nous trouvons l'énonciation de ce principe à l'article 910 qui se lit ainsi qu'il suit :

910. " Personne ne peut être forcé d'accepter la charge " d'exécuteur testamentaire.

" Elle est gratuite à moins que le testateur n'ait pourvu à " sa rémunération.

" Si le legs fait à l'exécuteur testamentaire n'a que cette " rémunération pour cause, et si l'exécuteur n'accepte pas la " charge, le legs est caduc par défaut de la condition.

" S'il accepte le legs ainsi fait, il est réputé avoir accepté la " charge.

" L'exécuteur testamentaire n'est pas tenu de prêter ser- " ment ; ni de donner caution, à moins qu'il n'ait accepté avec " charge.

" Il n'est pas assujetti à la contrainte par corps " (*a*).

La disposition de l'article 910 ne peut souffrir de difficulté. Notamment, quant au legs qui est fait à titre purement rémunératoire, ce n'est que l'application de la théorie des conditions ; et l'acceptation du legs emporte acceptation de la charge.

Mais, bien que l'exécuteur ne puisse pas, en l'absence d'une disposition contraire au testament, réclamer un salaire, sa charge ne doit pas être pour lui une source de préjudice. A cet effet, l'article 914, qui est au même effet que l'article 1034 du code Napoléon, porte que " les frais faits par l'exécuteur " testamentaire en accomplissement de sa charge sont suppor- " tés par la succession." Ainsi, bien qu'il soit tenu de veiller lui-même à l'exécution du testament, il peut se faire aider par des employés salariés et charger ces frais à la succession, et cela même dans le cas où le testateur lui aurait fait un legs rémunératoire, à moins qu'il ne soit apparent, par les termes du testament, que le testateur lui faisait ce legs en vue de ces dépenses. C'est ce que la cour d'appel a décidé dans la cause de *Young* & *Rattray* (3 L. N., p. 10 ; 12 Q. L. R., p. 168). Cette décision a été infirmée par la cour suprême sur la question de fait, cette cour rétablissant le jugement de la cour supérieure qui, sur la question de droit, avait consacré le même principe que la cour d'appel. *Cassel's Digest*, p. 149 (*b*).

Quant à la contrainte par corps, je dois noter la disposition de l'article 833, § 6, du code de procédure civile, qui range parmi les personnes contraignables par corps " les grevés " de substitution, les exécuteurs, les tuteurs, les curateurs et " les fiduciaires, pour les dommages causés par leur fraude en " faisant des placements, ou pour les dommages résultant de " ce que ces placements ont été faits par eux autrement que " prévu par l'article 981*o* du code civil, ou tel qu'ordonné par " le testament ou par l'acte qui concerne les biens admi- " nistrés."

Cette disposition date de 1879, époque à laquelle, pour la première fois, par le statut 42-43 Vic., ch. 30, les exécuteurs testamentaires furent soumis à la contrainte par corps pour les dommages résultant de placements faits autrement que pres-

(*a*) Il n'y a pas d'article semblable au code Napoléon, mais notre article ne fait qu'énoncer des principes qui sont enseignés par tous les auteurs. Comp. Demolombe, t. 22, nos 7, 11 et suiv.

(*b*) Voy. aussi la cause de *Brunet* & *Brazier* (R. J. Q., 7 B. R., p. 166), quant à la rémunération des fiduciaires.

crit par la loi ou par le testament, ou pour les dommages causés par leur fraude en faisant des placements.

Ainsi que le prescrit l'article 833 du code de procédure civile, les exécuteurs testamentaires, malgré que le dernier alinéa de l'article 910 n'ait pas été modifié, peuvent maintenant être contraints par corps dans deux cas : 1° pour les dommages causés par leur fraude en faisant des placements de fonds de la succession, quels que soient ces placements; 2° pour les dommages qui résultent de placements qu'ils auraient faits autrement que ne le prescrit l'article 981*o* du code civil, ou autrement que le testateur ne l'a ordonné.

J'aurai à rapporter plus loin les dispositions des articles 981*o* et suivants. Il me suffira pour le moment de dire que si le testament n'ordonne pas d'autres placements, l'exécuteur testamentaire doit placer les deniers dont il est saisi, soit dans les fonds ou les débentures de la Puissance ou de la Province, soit dans les effets publics du Royaume-Uni ou des Etats-Unis d'Amérique, soit dans les fonds ou débentures municipaux, soit en biens-fonds dans cette province, soit sur premier privilège ou première hypothèque sur des biens-fonds dans cette province, évalués à un montant n'excédant pas les trois-cinquièmes de l'évaluation municipale.

Quelques arrêts avaient affirmé avant le code qu'il existait une hypothèque sur les biens des exécuteurs testamentaires pour la garantie de leur administration, mais cette doctrine ne peut se soutenir sous l'empire du code, qui a déterminé d'une manière limitative les cas où il y a hypothèque légale (art. 2024 et suiv.), et il n'y est pas question des exécuteurs testamentaires. Bien entendu, rien n'empêcherait la constitution dans ce cas d'une hypothèque conventionnelle.

J'ai également dit que l'exécuteur testamentaire peut dans certain cas renoncer à sa charge. Cette solution est en général admise en France (*a*). On enseigne que c'est là une conséquence de l'assimilation de l'exécuteur au mandataire. En effet, le mandataire peut renoncer à sa charge, sauf sa responsabilité des dommages que le mandant en a éprouvés si le mandataire a agi sans motif raisonnable, et sauf, quand le mandant est salarié, l'application des règles générales relatives à l'inexécution des obligations (art. 1759). Sous l'ancien droit l'exécuteur ne pouvait en principe renoncer à sa charge, mais par application des principes du mandat on lui permettait de

(*a*) M. Demolombe, n° 8 ; M. Baudry-Lacantinerie, n° 625.

se démettre lorsqu'il souffrait un préjudice notable de la charge qu'il avait acceptée (*a*).

Les codificateurs ont proposé d'adoucir la règle en soumettant le cas au tribunal ou au juge. L'article 911 énonce la nouvelle règle en ces termes :

911. " L'exécuteur testamentaire qui a accepté ne peut " renoncer à sa charge (*b*) qu'avec l'autorisation du tribunal " ou du juge, laquelle peut être accordée pour des causes suffi- " santes, les héritiers et légataires, et les autres exécuteurs " testamentaires, s'il y en a, étant présents ou dûment appelés.

" La divergence de vues sur l'exécution du testament entre " quelqu'un d'eux et la majorité de ses coexécuteurs, peut " constituer une cause suffisante."

Dans le code annoté de M. de Bellefeuille, nous trouvons mention d'une cause de *Lamontagne* v. *Dufresne*, où l'on aurait jugé que l'article 911 n'est que dans l'intérêt des légataires et que du consentement de ceux-ci l'exécuteur testamentaire peut renoncer à sa charge.

La renonciation de l'exécuteur testamentaire à qui le testateur avait fait un legs pour le rémunérer des soins de sa gestion, emportera le plus souvent caducité de ce legs, sauf à déterminer, en fait, s'il n'y a pas lieu à accorder à l'exécuteur une partie du legs ou du salaire fixé, correspondante à la partie de la gestion qu'il aurait accomplie (*c*).

Sur la question de divergence de vues entre exécuteurs ou fiduciaires, voy. la cause de *Brunet* & *Brazier* (R. J. Q., 7 B. R., p. 166).

2° *Des personnes qui peuvent être chargées de l'exécution testamentaire.*

Nous trouvons l'énumération de ces personnes à l'article 905 qui se lit ainsi qu'il suit :

905. " Le testateur peut nommer un ou plusieurs exécuteurs " testamentaires, ou pourvoir au mode de leur nomination ; il " peut également pourvoir à leur remplacement successif.

" Rien n'empêche que l'héritier ou le légataire ne soient " nommés exécuteurs testamentaires.

" Les créanciers de la succession peuvent l'être sans perdre " leur créance.

(*a*) L'article 163 du projet était en ce sens.

(*b*) Tout le reste de l'article est indiqué comme étant de droit nouveau.

(*c*) Demolombe, n° 15.

" Les femmes non mariées ou veuves peuvent aussi être " chargées de l'exécution des testaments.

" Les tribunaux ou les juges ne peuvent nommer ni rem- " placer les exécuteurs testamentaires, si ce n'est dans les cas " spécifiés dans l'article 924.

" S'il n'y a pas d'exécuteurs testamentaires, et qu'il n'en soit " pas nommé de la manière dont ils peuvent l'être, l'exécution " du testament demeure entièrement à la charge de l'héritier " ou du légataire qui recueille la succession (*a*).

Je puis ajouter que la première condition requise chez l'exécuteur testamentaire, comme chez tout mandataire, c'est d'être capable de s'obliger. En effet, l'exécuteur assume par son acceptation certaines obligations, et il importe qu'il ait la capacité légale de les contracter.

C'est ce qui résulte de la disposition de l'article 909 qui dit que " sauf les dispositions qui précèdent, celui qui ne peut " s'obliger ne peut pas être exécuteur testamentaire " (*b*).

Donc, toute personne qui possède cette capacité peut être chargée de l'exécution d'un testament. L'article 905 mentionne spécialement l'héritier et le légataire et les créanciers de la succession ; les premiers peuvent accepter la charge sans affecter leur legs et les créanciers sans perdre leur créance.

Les femmes.—Notre article dit que les femmes non mariées ou veuves peuvent être chargées de l'exécution des testaments. Ce n'est pas à dire que les femmes mariées soient incapables d'exercer ces fonctions, mais il ne suffit pas de la volonté du testateur pour les leur conférer ; l'autorisation du mari est requise ou à son défaut celle du juge quand la femme est séparée de biens, sans quoi l'incapacité de la femme est absolue. Même la femme non mariée ou veuve qui s'est mariée après l'acceptation de la charge d'exécutrice testamentaire ne peut, sans cette autorisation, continuer l'exercice de ces fonctions.

Ce principe est énoncé en ces termes par l'article 906 :

906. " La femme mariée ne peut accepter l'exécution testa- " mentaire qu'avec le consentement de son mari.

" Si l'exécutrice testamentaire, fille ou veuve, se marie en

(*a*) Les mots : " ou pourvoir au mode," etc., dans le premier alinéa de l'article 905, et les mots : " si ce n'est dans les cas spécifiés dans l'article 924," dans le cinquième alinéa, sont indiqués comme étant de droit nouveau.

(*b*) C'est ce que porte également l'article 1028 du code Napoléon.

" possession de sa charge, elle ne la perd pas de plein droit, " même quoiqu'elle soit commune en biens avec son mari ; " mais elle a besoin du consentement de ce dernier pour conti- " nuer à la remplir.

" L'exécutrice testamentaire séparée de biens soit par con- " trat de mariage, soit par jugement, à laquelle son mari refuse " le consentement nécessaire pour accepter ou exercer sa charge " peut être autorisée en justice, comme dans les cas prévus " en l'article 178 " (*a*).

Ce n'est en tout cela que la conséquence du principe que celui qui ne peut s'obliger ne peut être exécuteur testamentaire. La femme mariée ne peut s'obliger qu'avec l'autorisation de son mari (art. 177). Donc elle ne peut, sans cette autorisation, exercer la charge d'exécutrice testamentaire.

Nous avons vu que même l'autorisation de justice, à défaut de celle du mari, ne confère pas toujours une capacité entière à la femme. Cette autorisation, en effet, n'est pas opposable au mari et ne peut jamais lui préjudicier. Elle ne peut notamment affecter les droits que le mari possède sur les biens de sa femme en vertu du régime matrimonial sous lequel ils se sont mariés (*b*).

Il s'ensuit que l'autorisation judiciaire ne rend la femme capable d'être exécutrice testamentaire que dans les régimes matrimoniaux qui ne confèrent point de droit au mari sur les biens de la femme. Partant, la femme est-elle séparée de biens : elle peut, avec l'autorisation judiciaire, à défaut de celle de son mari, exercer l'exécution testamentaire. Est-elle, au contraire, mariée sous un autre régime : l'autorisation maritale est indispensable, sans que l'autorisation judiciaire puisse y suppléer (*c*).

Mais l'article 906 se sert d'une expression trop absolue lorsqu'elle pose, comme condition de l'autorisation de justice, le refus du mari d'autoriser sa femme. Celle-ci pourra obtenir l'autorisation judiciaire, dans ce cas comme dans tout autre, lorsqu'il y a, pour elle, impossibilité d'obtenir, en temps utile,

---

(*a*) Cet article est au même effet que l'article 1029 du code Napoléon, sauf que ce dernier article ne prévoit pas le cas de la femme non mariée ou veuve qui se marie après l'acceptation de la charge d'exécutrice testamentaire.

(*b*) Voy. mon tome 1er p. 547.

(*c*) Demolombe, t. 22, nº 25 ; M. Baudry-Lacantinerie, nº 265. Voy. aussi mon tome 1er p. 531.

l'autorisation de son mari, parce que celui ci est absent ou interdit (*a*).

Lorsque la femme commune en biens accepte ou exerce l'exécution testamentaire avec l'autorisation de son mari, les créanciers ou les légataires peuvent recourir, non seulement contre les biens personnels de la femme, mais encore contre ceux de la communauté (art. 1280).

Les mineurs.—En principe le mineur, ne jouissant pas de la plénitude de l'exercice de ses droits et pouvant faire annuler, pour cause de lésion, les engagements qu'il contracte, ne peut exercer la charge d'exécuteur testamentaire. A cet effet l'article 907 pose la règle suivante :

907. " Le mineur ne peut agir comme exécuteur testamen- " taire, même avec l'autorisation de son tuteur.

" Néanmoins le mineur émancipé le peut, si l'objet de l'exé- " cution testamentaire est peu considérable eu égard à ses " moyens."

Cet article reproduit la doctrine de l'ancien droit, telle qu'exposée par Pothier (*Donations testamentaires*, nº 209).

Le code Napoléon (art. 1030) a refusé de reconnaître au mineur émancipé le droit de se charger d'une exécution testamentaire même peu considérable, l'application de cette règle pouvant offrir beaucoup d'incertitudes (*b*).

En effet notre article laisse tout dans le vague, car il faudra, dans chaque cas, déterminer en fait si l'exécution testamentaire est peu considérable eu égard aux moyens du mineur. Il sera donc dangereux pour le testateur de désigner un mineur émancipé comme l'exécuteur de son testament.

Mais on enseigne en France, et je crois que nous devons accepter cette décision, que si la personne nommée exécutrice testamentaire est majeure au décès du testateur, elle pourra exercer ces fonctions (*c*).

Les interdits.—Pour des raisons analogues je déciderais que l'exécution testamentaire ne peut être confiée à l'interdit pour prodigalité, pour ivrognerie d'habitude ou pour usage immodéré de narcotiques, ni même à celui qui est pourvu d'un con-

---

(*a*) Voy. mon tome 1er, p. 526.

(*b*) Demolombe nº 29.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 629.

seil judiciaire (*a*). Il est clair qu'il en est de même de l'interdit pour démence. Ce n'est, quant à ces personnes, que l'application de l'article 909.

Corporations.—L'article 908 pose à ce sujet la règle suivante :

908. " L'incapacité des corporations d'être chargées de " l'exécution d'un testament se trouve portée au livre pre- " mier.

" Rien n'empêche que les personnes qui composent une " corporation, ou ces personnes et leurs successeurs, ne soient " nommées pour exécuter un testament en leur qualité pure- " ment personnelle et n'agissent à cette fin, si telle paraît " avoir été l'intention du testateur, quoiqu'il ne les ait dési- " gnées que sous l'appellation à elles attribuée en leur qualité " corporative.

" Il en est de même des personnes désignées par la charge " ou la position qu'elles occupent, et de leurs successeurs."

L'article 908 se refère à l'article 365 qui porte qu'on ne peut confier aux corporations l'exécution des testaments, ni aucune autre administration dont l'exercice nécessite la prestation du serment (ce n'est pas le cas de l'exécution testamentaire), et fait encourir une responsabilité personnelle.

J'ai expliqué, en mon tome 2, p. 353, qu'une telle charge répugne à la *nature juridique* des corporations (lesquelles, en fait, pourraient bien l'exercer) parce que la loi en fait une charge personnelle. Cependant, il faut ajouter que le législateur s'est récemment départi quelque peu de sa rigueur primitive, et que quelques corporations ont été autorisées à veiller à l'exécution des testaments (*b*).

Notre article ajoute—et c'est un tempérament sage et qui d'ailleurs était admis dans l'ancien droit—que rien n'empêche que les personnes qui composent une corporation et leurs successeurs ne soient nommées pour exécuter un testament, si telle a été l'intention du testateur, quoiqu'il ne les ait désignées que sous le nom de la corporation. Ainsi si le testateur a désigné, comme devant veiller à l'exécution de son testament, la corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal, et qu'il paraisse qu'il a voulu nommer l'archevêque de Montréal, la nomination sera valable.

(*a*) Demolombe, nº 30.

(*b*) Voy., par exemple, les statuts de Québec, 60 Vic., ch. 82 ; 61 Vic., ch. 73.

L'article 908 fait l'application de la même règle aux personnes désignées par la charge ou la position qu'elles occupent et à leurs successeurs. Ainsi, on pourra valablement nommer, comme exécuteur testamentaire, le protonotaire de la cour supérieure à Montréal, et une telle nomination présenterait cet avantage, comme le faisait remarquer Pothier (nº 233), que l'exécution testamentaire ne finirait pas par la mort du titulaire, parce que la charge ou la qualité du titulaire ne meurt point et passe après lui à son successeur.

Les insolvables.—D'après l'ancien droit, et il en est de même dans le droit français moderne, le fait que l'exécuteur testamentaire serait sans biens, ne suffirait pas pour l'exclure d'une charge que le testateur lui a confiée, malgré sa pauvreté. Cependant, un grave désordre survenu depuis le testament dans les affaires de l'exécuteur, était regardé comme une cause d'exclusion, car on présumait que si le testateur eût prévu ce changement, il n'aurait pas confié à cette personne l'exécution de son testament (*a*). Je crois que ces solutions doivent être accueillies, car, après tout, le seul obstacle à l'exercice de la charge d'exécuteur testamentaire, c'est le défaut de capacité de s'obliger (art. 909), et l'insolvable possède cette capacité. D'ailleurs, les légataires n'ayant pas le droit d'exiger que l'exécuteur justifie de sa solvabilité, ni qu'il donne caution, ils doivent, comme disait Pothier, suivre sa foi comme le testateur lui-même l'a suivie. Et même il est douteux que l'insolvabilité subséquente au testament mais connue du testateur puisse être une cause d'exclusion (*b*).

§ II.—*De la nomination de l'exécuteur testamentaire et de son remplacement.*

Régulièrement, l'exécuteur testamentaire est nommé par le testament (art. 905). Avant le code, il ne pouvait être désigné par une autre autorité, quand même le testateur avait expressément déclaré qu'il entendait qu'il en fût ainsi (*c*). Tel est encore le droit français moderne (*d*).

(*a*) Comp. Pothier, nº 210 ; Demolombe, nºs 32, 33.

(*b*) Demolombe, *loc. cit.*, *supra*.

(*c*) L'incompétence des tribunaux dans la nomination des exécuteurs testamentaires, avant le code, ne souffrait pas doute. Voy. l'arrêt rendu en 1845, dans la cause de *Gugy & Gilmour* (1 R. de L., p. 169), et aussi l'article 157 du projet de ce titre.

(*d*) Comp. Demolombe, nº 21. Voy. *infra*, p. 481.

Mais le code a logiquement, étant donnée la liberté illimitée de tester, modifié sous ce rapport l'ancien droit. Nous avons vu à l'article 905 que, de même qu'il peut lui-même nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires, le testateur peut pourvoir au mode de leur nomination, et qu'il peut également pourvoir à leur remplacement successif. Notre droit nouveau lui reconnaît à cet égard une liberté pleine et entière.

Donc, le testateur peut pourvoir au mode de nomination de son exécuteur testamentaire. Il peut donc confier la nomination soit à un tribunal, soit à une personne quelconque. Le code ne distingue pas et l'interprète ne saurait le faire non plus. Le testateur peut même nommer un exécuteur et lui donner le pouvoir, au cas où il ne voudrait pas assumer cette charge, de désigner une autre personne pour l'exécution du testament, ou pour en partager avec lui le fardeau.

Le testateur peut également, dit l'article 905, pourvoir au mode de remplacement de l'exécuteur testamentaire qu'il a nommé. Sous ce rapport, il a le même pouvoir qu'à l'égard de la nomination ; il peut donc confier le soin de ce remplacement soit à l'exécuteur lui-même, soit à l'autorité judiciaire, soit à toute autre personne.

C'est du reste ce que l'article 923, revenant sur la disposition de l'article 905, porte expressément. " Le testateur," dit-il, " peut pourvoir au remplacement des exécuteurs et adminis- " trateurs testamentaires par d'autres, même successivement, " et pour tout le temps que durera l'exécution du testament, " soit en les nommant ou désignant lui-même directement, soit " en leur donnant pouvoir de se remplacer, ou en indiquant " autrement un mode à suivre non contraire à la loi."

Dans la cause de *Kennedy* v. *Stebbins* (34 L. C. J., p. 286 : M. L. R, 6 S. C., p. 456), le juge Tait a jugé que lorsque le testateur a donné à son exécuteur testamentaire le pouvoir de se nommer un remplaçant, ce pouvoir peut être exercé, même après que l'exécuteur a commencé à agir ; et qu'il n'est pas nécessaire que le remplacement se fasse judiciairement, mais qu'il suffit d'une déclaration notariée nommant le remplaçant.

Mais lorsque le testateur n'a pas conféré ces pouvoirs extraordinaires pour la nomination ou le remplacement de l'exécuteur testamentaire, les tribunaux peuvent-ils les exercer ? L'article 905 répond négativement à cette question, si ce n'est, ajoute-t-il, dans les cas spécifiés dans l'article 924. Ce dernier article est en ces termes :

924. " Si le testateur a voulu que la nomination ou le rem-

" placement fussent faits par les tribunaux ou les juges, les " pouvoirs à cette fin peuvent être exercés judiciairement en " appelant les héritiers et légataires intéressés.

" Lorsque des exécuteurs et administrateurs testamentaires " ont été nommés par le testament, et que par leur refus d'ac- " cepter, ou la cessation de leurs pouvoirs sans remplacement, " ou par des circonstances imprévues, il ne s'en trouve aucun, " sans qu'il soit possible de pourvoir au remplacement d'après " les termes du testament, les juges et les tribunaux peuvent " également exercer les pouvoirs requis à cet effet, pourvu " qu'il apparaisse de l'intention du testateur de faire continuer " l'exécution et l'administration indépendamment du légataire " ou de l'héritier."

Cet article est de droit nouveau. Avant le code, le testateur pouvait pourvoir au remplacement des exécuteurs testamentaires par d'autres, même successivement, et pour tout le temps que durerait l'exécution du testament, soit en les nommant lui-même directement, soit en leur donnant pouvoir de se remplacer, ou en indiquant autrement un mode à suivre non contraire à la loi (*a*).

Donc, avant le code, l'exécuteur testamentaire pouvait bien pourvoir au *remplacement* de son exécuteur testamentaire et confier le choix du remplaçant à l'autorité judiciaire. Mais, je l'ai dit, il n'avait pas le même pouvoir quant à la *nomination*, et il convenait de poser une règle unique pour les deux cas.

Aux termes de l'article 924, les tribunaux et les juges peuvent maintenant nommer et remplacer les exécuteurs testamentaires, mais seulement, quant à la nomination, lorsque le testateur a expressément déclaré son intention à cet effet.

Leurs pouvoirs cependant ont plus d'extension lorsqu'il s'agit du remplacement de l'exécuteur testamentaire. Il suffit alors qu'il apparaisse de l'intention du testateur qui a nommé un exécuteur, de faire continuer l'exécution et l'administration indépendamment du légataire ou de l'héritier, et alors, dans trois cas les tribunaux peuvent effectuer le remplacement : 1° Les exécuteurs testamentaires nommés par le testateur ont refusé d'accepter cette charge ; 2° leurs pouvoirs ont cessé sans remplacement ; 3° par des circonstances imprévues il ne se trouve plus aucun exécuteur testamentaire, sans qu'il soit possible de pourvoir au remplacement d'après les termes

(*a*) C'était ainsi que les codificateurs s'exprimaient dans l'article 175 du projet de ce titre.

du testament. Dans ces cas, les tribunaux ou les juges peuvent effectuer le remplacement. Cependant, l'intention du législateur parait être de les renfermer dans le cadre qu'il a tracé, cadre assez large du reste, puisqu'il me semble avoir prévu tous les cas où il peut être question de remplacer un exécuteur testamentaire. Mais il faut, pour que l'autorité judiciaire puisse agir, deux conditions essentielles: 1° il doit être impossible de pourvoir au remplacement d'après les termes du testament; 2° le testateur doit avoir manifesté l'intention de faire continuer l'exécution testamentaire indépendamment du légataire ou de l'héritier. Rien n'exige toutefois que cette volonté soit exprimée d'une manière expresse comme pour la nomination de l'exécuteur testamentaire.

Comme le dit l'article 924, les héritiers et légataires intéressés doivent être appelés devant le tribunal qui procède à la nomination ou au remplacement d'un exécuteur testamentaire. Les codificateurs disent que la charge d'exécuteur testamentaire n'étant pas d'une nature publique, comme celle d'un tuteur, il n'y a pas besoin de consulter le conseil de famille, mais il est évident que les intéressés doivent être entendus.

Dans une cause de *Chalut & Persilier dit Lachapelle* (17 L. C. J., p. 44), le juge Torrance a jugé en 1872, que l'article 924 ne s'applique pas aux cas qui peuvent se présenter sous les dispositions d'un testament fait antérieurement au code civil.

Cependant, en 1886, le juge Casault a décidé, dans une cause de *Chouinard* v. *Chouinard* (13 Q. L. R., p. 275), que lorsque, dans un testament qui a reçu son exécution par la mort du testateur avant la mise en force du code civil, le testateur a exprimé la volonté que l'exécution du testament fût continuée jusqu'à l'arrivée d'un événement déterminé, et que les exécuteurs sont morts sans se donner les successeurs que le testateur les avait chargés de nommer, le tribunal ou le juge peut, en vertu des pouvoirs que lui confère l'article 924, et sans donner à cet article un effet rétroactif, nommer un exécuteur pour continuer l'exécution du testament. Cette dernière décision me paraît préférable.

Enfin, dans la cause de *Drapeau & St-Denis* (R. J. Q., 15 C. S., p. 179), le juge Mathieu a jugé que lorsque le testateur a nommé des exécuteurs testamentaires chargés d'une gestion qui doit durer pendant plusieurs années, sans cependant étendre leur saisine au delà de l'an et jour, le tribunal

ou le juge n'a pas le pouvoir de continuer les exécuteurs en charge au delà de la période légale ; que leur droit de continuer leurs fonctions dépend de l'interprétation du testament, et que cette interprétation n'entre pas dans les attributions du tribunal sous une requête présentée en vertu de l'article 924.

§ III.—*Du cas où le testateur a nommé plusieurs exécuteurs testamentaires.*

Nous avons vu à l'article 905 que le testateur peut nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires. Lorsqu'il ne se trouve qu'un seul exécuteur, aucun conflit n'est à craindre. Au contraire, quand le testateur en a nommé plusieurs, il peut arriver qu'ils ne soient pas d'accord, et alors la question se soulève de savoir si un des exécuteurs peut agir seul. Je vais résoudre cette question ici, sauf à examiner plus loin d'une manière générale les fonctions de l'exécuteur testamentaire.

Il y a deux cas à prévoir : 1° Quelques-uns des exécuteurs testamentaires ont refusé d'accepter, ou ayant accepté, sont décédés ou n'ont pas conservé leur charge ; 2° Plusieurs exécuteurs existent ensemble avec les mêmes attributions.

L'article 912 pose en ces termes la règle qui régit le premier cas :

912. " S'il a été nommé plusieurs exécuteurs testamentaires " et que quelques-uns seuls, ou même l'un d'eux seulement, " aient accepté, ceux-ci ou celui-ci peuvent agir seuls à moins " que le testateur ne l'ait réglé autrement.

" Pareillement si plusieurs ont accepté et que quelques-uns " ou l'un d'eux seulement survivent ou conservent leur charge, " ces derniers ou ce dernier peuvent agir seuls jusqu'au remplacement, s'il y a lieu, à moins de prohibition de la part du " testateur."

Cette disposition est conforme à l'ancien droit, elle se justifie par la présomption qu'en nommant plusieurs exécuteurs testamentaires, le testateur avait précisément en vue l'éventualité du refus ou du prédécès de l'un d'eux, et qu'il a voulu remettre l'exécution de son testament à ceux qui accepteraient la charge.

Mais supposons que par un premier testament le testateur a désigné une personne comme son exécuteur testamentaire et que par un testament subséquent, qui ne révoque pas le premier testament, il en nomme une autre. Faudrait-il voir dans la seconde nomination la révocation de la première ? On

répond négativement à cette question en France (*a*), et à bon droit, car ces deux dispositions n'étant pas incompatibles, doivent être exécutées ensemble.

Le second cas requiert une règle plus explicite. Nous la trouvons dans l'article 913 qui est en ces termes :

913. " Si plusieurs exécuteurs testamentaires existent con-" jointement avec les mêmes attributions, ils ont tous un pou-" voir égal, et doivent agir ensemble, à moins que le testateur " ne l'ait réglé autrement.

" Cependant, au cas d'absence de quelqu'un d'entre eux, ceux " qui se trouvent sur les lieux peuvent agir seuls pour les " actes conservatoires et autres qui demandent célérité. Les " exécuteurs peuvent aussi agir généralement comme procu-" reurs les uns des autres, à moins que l'intention du testateur " n'apparaisse au contraire, et sauf la responsabilité de celui " qui a donné la procuration. Les exécuteurs ne peuvent " déléguer généralement l'exécution du testament à d'autres " qu'à leurs coexécuteurs, mais ils peuvent se faire représenter " par procureurs pour des actes déterminés.

" Les exécuteurs qui exercent ces pouvoirs conjoints sont " tenus solidairement de rendre un seul et même compte, à " moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions et que " chacun d'eux ne se soit renfermé dans celles qui lui sont " attribuées.

" Ils ne sont responsables que chacun pour leur part des " biens dont ils ont pris possession en leur qualité conjointe, " et du paiement du reliquat de compte, sauf la responsabilité " distincte de ceux autorisés à agir séparément."

La première phrase du deuxième alinéa de cet article est indiquée comme étant de droit nouveau. Les codificateurs expliquent qu'en France les exécuteurs testamentaires pouvaient agir sans attendre celui d'entre eux qui était à l'étranger. Ils ajoutent qu'ils ont cru que le sens de la disposition devait plutôt se rapporter à celui qui n'était pas sur les lieux. En effet, Guyot (*b*) enseignait que si l'un des exécuteurs était hors du royaume, l'autre pouvait valablement agir seul. Il ne limitait pas les pouvoirs de l'exécuteur présent aux actes conservatoires et autres qui demandent célérité.

L'article 1033 du code Napoléon pose une règle plus large que celle qu'énonce notre article. Il dit que s'il y a plusieurs

---

(*a*) Comp. Pandectes françaises, v[is] *Donations et testaments*, n° 9892.

(*b*) V° *Exécuteur testamentaire*, t. 7, p. 160.

exécuteurs testamentaires qui aient accepté, un seul pourra agir au défaut des autres (*a*) ; et qu'ils seront solidairement responsables du compte du mobilier qui leur aura été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions, et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée.

Voyons maintenant quelle est la doctrine de notre droit. Il y a deux hypothèses à prévoir.

Première hypothèse.—Plusieurs exécuteurs testamentaires existent conjointement avec les mêmes attributions, sans que l'exécuteur ait divisé leurs fonctions. L'article 913 dit qu'ils ont tous un pouvoir égal et doivent agir ensemble, à moins que le testateur ne l'ait réglé autrement.

Il y a donc présomption, lorsque le testateur a nommé plusieurs exécuteurs et qu'il leur a donné les mêmes attributions —et le seul fait de les nommer ensemble leur donne les mêmes attributions—qu'il a voulu qu'ils agissent ensemble. Et cette présomption ne tombera que devant la manifestation d'une volonté contraire. Donc, dans cette hypothèse, les exécuteurs ne peuvent agir séparément, et l'acte de l'un d'eux non seulement ne liera pas les autres, mais encore devra être regardé comme non avenu.

Conformément à ce principe, nous trouvons un ancien arrêt, *Clément* v. *Geer* (4 L. C. R., p. 103), à l'effet que l'un de deux exécuteurs testamentaires conjoints ne peut porter une action sans le consentement de son coexécuteur, et que dans le cas où tel exécuteur procéderait sans le consentement de son exécuteur conjoint, il doit procéder en son nom seul.

Le conseil privé, dans la cause de *Carter* & *Molson* (8 L. N., p. 281 ; 10 App. Cas., p. 664 ; Ramsay's Appeal Cases, p. 889 ; cour d'appel, 3 D. C. A., p. 279), a jugé que lorsque pouvoir a été donné à deux exécuteurs de vendre les immeubles de la succession, la vente par les deux exécuteurs à l'un d'eux est nulle. Ceci n'est que l'application du principe de l'article 1484 (*b*).

(*a*) Même on l'autorise à agir seul malgré l'opposition des autres. Comp. Pandectes françaises, v[is] *Donations et testaments*, n° 9900.

(*b*) Dans le code civil annoté de M. de Bellefeuille, art. 913, n° 4, nous trouvons une note d'une décision, dans une cause de *Jacquays* & *Hagar*, Montréal, 17 mars 1875, dans laquelle la cour supérieure aurait jugé que deux exécuteurs peuvent, sur refus du troisième exécuteur de se joindre à eux, intervenir dans une action pour contester l'effet d'un endossement donné par le testateur. Mais il ajoute que ce jugement a été infirmé par la cour d'appel pour d'autres motifs.

Cependant, l'article 913 permet à l'un des exécuteurs d'agir seul, lorsque les autres ne sont pas sur les lieux, mais seulement pour les actes conservatoires et autres qui demandent célérité. J'ai déjà fait remarquer que Guyot ne limitait pas ainsi les pouvoirs de l'exécuteur présent, mais le texte de notre article étant formel, il faut enseigner que l'exécuteur présent devra obtenir le concours de ses coexécuteurs pour les autres actes.

Mais supposons que tous les exécuteurs sont sur les lieux ; qu'un acte d'administration, soit ordinaire, soit de la nature des actes conservatoires ou qui demandent célérité, doit être accompli, et que quelques-uns des exécuteurs restent obstinément dans l'inaction. L'un des exécuteurs peut-il alors agir seul ?

Le cas ne présente pas de difficulté en France, l'article 1033 du code Napoléon autorisant un des exécuteurs à agir seul, au défaut des autres et même malgré eux. Nous ne pouvons donc nous aider des commentaires français pour le résoudre.

Je crois qu'il faut distinguer les actes conservatoires et autres qui exigent célérité et les actes ordinaires.

Dans le cas des premiers—et j'interpréterais largement ces mots, *actes conservatoires, actes qui demandent célérité*,—je suis d'avis que le refus de l'un des exécuteurs de se prononcer pour ou contre, justifierait les autres exécuteurs à les accomplir, tout comme si l'exécuteur récalcitrant n'était pas sur les lieux. Il ne faut pas oublier que la règle de l'article 913 est fondée sur une présomption de la volonté du testateur. C'est assez dire qu'il ne faut pas abuser de cette présomption. On ne peut, en effet, supposer que le testateur a voulu que l'inaction de l'un des exécuteurs fût un obstacle invincible à l'accomplissement d'actes d'administration qui sont d'urgence, car alors les biens qu'il a laissés seraient exposés à dépérir ou à rester improductifs. Il a nommé des exécuteurs pour exécuter son testament et non pas pour en entraver l'exécution. Il est vrai que l'inaction, le refus d'agir de l'exécuteur testamentaire, serait une cause de sa destitution (art. 917), mais ce remède ne serait guère efficace, car le temps d'agir serait depuis longtemps passé, avant que la destitution puisse être prononcée. Donc, s'agit-il de vendre des effets périssables, de donner en location les immeubles du testateur, quand les exécuteurs ont le pouvoir de consentir des baux : l'inaction de l'un des exécuteurs autoriserait les autres exécuteurs à agir seuls.

Mais quand il est question d'actes ordinaires qui ne sont pas

urgents, je ne crois pas que quelques-uns des exécuteurs puissent agir seuls quand d'autres exécuteurs refusent de prendre parti. Je crois que dans ce cas ils devraient provoquer la destitution des récalcitrants, ou bien demander eux-mêmes à être relevés de leur charge, en alléguant divergence de vues sur l'exécution du testament (art. 911) (*a*).

L'article 913 ajoute que les exécuteurs peuvent agir généralement comme procureurs les uns des autres, à moins que l'intention du testateur n'apparaisse au contraire, et sauf la responsabilité de celui qui donne la procuration. Toutefois, ils ne peuvent déléguer généralement l'exécution du testament à d'autres qu'à leurs coexécuteurs, mais ils peuvent se faire représenter par procureurs pour des actes déterminés (*b*). Cette règle est précise et son sens n'est pas douteux. Il était raisonnable de décréter que la délégation de l'exécution testamentaire par l'un des exécuteurs à l'autre n'affecterait en rien la responsabilité personnelle du déléguant. Autrement, ce serait, pour l'exécuteur, un moyen facile d'échapper à la responsabilité comme au fardeau d'une charge qu'il a volontairement acceptée.

Le sens des deux derniers alinéas de notre article n'est pas aussi clair.

Il y est dit que les exécuteurs qui exercent ces pouvoirs conjoints sont tenus solidairement de rendre un seul et même compte, à moins — mais ceci ne se rapporte qu'à la deuxième hypothèse — que le testateur n'ait divisé leurs fonctions et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celles qui lui sont attribuées.

Et le dernier alinéa ajoute qu'ils ne sont responsables que chacun pour leur part des biens dont ils ont pris possession en leur qualité conjointe, et du reliquat de compte, sauf la responsabilité de ceux autorisés à agir séparément.

Résulte-t-il de là que les exécuteurs conjoints soient solidairement responsables du paiement du reliquat du compte, comme il est certain qu'ils sont solidairement tenus de rendre un seul et même compte ?

(*a*) Dans le cas de fiduciaires, la majorité peut agir, quand le testateur n'a pas autrement ordonné (art. 981*f*), et cette règle, conforme du reste à celle de l'article 17, § 19, me paraît plus raisonnable que la règle de l'article 913.

(*b*) J'aurai à revenir sur ce droit de nommer des procureurs et sur la responsabilité qui en découle, quand je parlerai de l'exécution générale des testaments.

Deux opinions contraires ont été émises dans notre juris prudence.

La première a pour elle la haute autorité qui se rattache à un arrêt de la cour suprême. En effet, ce tribunal a jugé, dans la cause de *Darling & Brown* (2 *Supreme Court Repts*, p. 26 et 21 L. C. J., p. 125), que des exécuteurs ne sont pas responsables conjointement et solidairement du paiement du reliquat des deniers perçus par eux, mais que chacun d'eux n'est responsable que de la part dont il a eu possession. Le juge Fournier a parlé au nom du tribunal, mais le juge Taschereau différait quant à ce point.

La seconde opinion a été exprimée par l'un de nos juges les plus éminents, le juge Casault, maintenant juge en chef, dans la cause de *Hoffman & Pfeiffer* (7 Q. L. R., p. 125), quatre ans après le jugement de *Darling & Brown*. Il y a jugé que des exécuteurs testamentaires conjoints, qui ont pris indivisément possession des biens de la succession, non seulement doivent un seul et même compte, mais sont solidairement tenus au paiement du reliquat.

D'après le juge Fournier et la cour suprême, la seule obligation solidaire ou pour mieux dire indivisible des exécuteurs testamentaires, serait de rendre un seul et même compte. C'est ce qui résulterait de l'alinéa 3 de l'article 913, et l'alinéa 4 définirait et limiterait leur responsabilité à la part des biens dont chacun d'eux a pris possession.

Suivant le juge Casault, l'exécution testamentaire étant un mandat, la responsabilité des exécuteurs est régie par les règles du mandat, dans tous les cas où la loi n'a pas posé une règle spéciale à leur sujet. Or, aux termes de l'article 1712, " lorsqu'il y a plusieurs mandataires établis ensemble pour la " même affaire, ils sont responsables solidairement des actes " d'administration les uns des autres, à moins d'une stipulation " contraire." (*a*). Dans cette disposition se trouve la règle générale qui régit la responsabilité des exécuteurs testamentaires comme des autres administrateurs. Or l'alinéa 3 de notre article, loin de faire exception à cette règle, y ajoute quelque chose en imposant aux exécuteurs l'obligation solidaire de rendre un seul et même compte. L'alinéa 4 serait au contraire une exception à la règle générale de l'article 1712, mais il ne s'appliquerait que lorsque les exécuteurs conjoints

---

(*a*) L'article 1995 du code Napoléon, qui correspond à notre article 1712, pose justement la règle inverse ; il n'y a jamais solidarité, sans une stipulation expresse.

ont pris possession de parts ou portions divises des biens, et dans ce cas chacun ne serait responsable que de sa gestion de cette part ou portion.

Je crois, comme question de droit, devoir me rallier à l'opinion du juge Casault. Je puis suggérer une raison additionnelle. En France, chaque exécuteur peut agir seul, au défaut des autres et même malgré leur opposition ; dans notre droit, au contraire, sauf pour les actes conservatoires ou qui demandent célérité, les exécuteurs doivent agir ensemble. Il est peut-être logique, surtout étant donnée la disposition de l'article 1995 C. N., de repousser la solidarité en France, mais il me paraîtrait illogique d'accepter cette solution dans notre droit, car les exécuteurs conjoints doivent tous agir ensemble et les mandataires conjoints sont toujours solidairement responsables de la gestion les uns des autres. L'argument qu'on tire de la gratuité de l'exécution testamentaire s'appliquerait également dans le cas du mandat qui est lui aussi gratuit de sa nature, et là précisément le législateur n'en a tenu aucun compte. Je ne crois pas que nous puissions l'invoquer ici.

Il est cependant possible que l'autorité hiérarchique qui se rattache aux arrêts de la cour suprême l'emporte dans la pratique, mais un seul jugement ne peut constituer une jurisprudence et l'arrêt rendu par le juge Casault me semble laisser la question ouverte.

Deuxième hypothèse.—Plusieurs exécuteurs existent conjointement, mais le testateur a divisé leurs fonctions. Il a par exemple confié à un des exécuteurs l'administration des immeubles de sa succession, et à un autre celle des meubles. Ce cas ne souffre aucune difficulté.

Chaque exécuteur a dans ce cas un mandat spécial. Il a seul le pouvoir de l'accomplir et il ne pourrait déléguer l'exécution dont il est chargé à un autre exécuteur à qui le testateur aurait confié d'autres fonctions. Il ne pourrait le constituer procureur que pour des actes déterminés.

Comme conséquence de ces pouvoirs distincts, la responsabilité est distincte. Chaque exécuteur rendra donc ses comptes séparément et serait seul responsable du reliquat de son administration.

Mais tout cela suppose une condition, c'est que l'exécuteur se soit renfermé dans les fonctions qui lui sont attribuées. S'il a outrepassé ses pouvoirs, il est responsable de tout ce qu'il aurait fait au delà, et s'il s'est immiscé dans la gestion tout entière il sera responsable du compte tout entier, sans

augmenter la responsabilité de son coexécuteur qui s'est borné à l'administration qui lui était confiée (*a*).

Je n'ai traité ici qu'incidemment cette obligation de rendre compte. J'en parlerai ailleurs comme de la responsabilité qui découle de l'exécution testamentaire.

§ IV.—*Des fonctions de l'exécuteur testamentaire.*

J'ai expliqué la nature de l'exécution testamentaire, et j'ai dit quelles personnes peuvent en être chargées. Il importe maintenant de rendre compte des fonctions de l'exécuteur testamentaire ; en d'autres termes, de déterminer l'étendue du mandat que le testateur lui a confié.

1° *De la saisine de l'exécuteur testamentaire.*

On comprend que pour pouvoir veiller à l'exécution du testament, l'exécuteur doit avoir une certaine possession des biens de la succession. Cette possession s'appelle saisine et elle diffère, nous le verrons, de la saisine qui appartient aux héritiers et aux légataires.

On peut distinguer : 1° *La saisine légale*, qui est celle que la loi confère à l'exécuteur testamentaire par le seul fait de sa nomination ; 2° *La saisine testamentaire*, que je nomme ainsi parce qu'elle dérive de la volonté que le testateur a exprimée d'étendre, de restreindre ou de modifier la saisine légale, en un mot de définir lui-même la saisine qu'il entendait accorder à l'exécuteur de son testament. Je traiterai séparément de ces deux espèces de saisine.

I. De la saisine légale.—Le premier alinéa de l'article 918 porte que " l'exécuteur testamentaire est saisi comme dépositaire " légal, pour les fins de l'exécution du testament, des biens " meubles de la succession, et peut en revendiquer la posses- " sion même contre l'héritier ou le légataire."

Pothier (n° 212) explique que cette saisine est compatible avec celle de l'héritier, car la saisine qui est accordée à l'exécuteur n'est pas une vraie possession ; l'exécuteur par cette saisine est constitué séquestre, il n'est en possession qu'au nom de l'héritier qui est le vrai possesseur des biens de la succession. Comme le dit M. Baudry-Lacantinerie (n° 627), la sai-

(*a*) Comp. Demolombe, n° 36.

sine des héritiers et légataires est une saisine *de droit*, celle de l'exécuteur testamentaire une saisine *de fait*.

Lorsque le testateur n'a pas étendu cette saisine, comme il peut le faire (art. 921), elle ne comprend que les biens meubles de la succession, et par là, on doit entendre, suivant la règle d'interprétation de l'article 397, tout ce qui est censé meuble. C'est du reste ce qu'enseignait Ricard, qui disait que le mot *meuble* s'entend largement de ce qui est mobilier, comme l'argent comptant, les promesses et les obligations mobilières et même le revenu des immeubles échu lors du décès du testateur (*a*).

Mais le même auteur (nº 77) refusait d'étendre cette saisine au revenu des immeubles échu pendant l'année de l'exécution. Toutefois Demolombe (nº 53) témoigne que l'usage s'était introduit, au Châtelet de Paris, de laisser à l'exécuteur testamentaire tous les revenus échus durant l'année de sa saisine (*b*).

Dans le droit français moderne l'exécuteur testamentaire n'a la saisine que si le testateur la lui a accordée et cette saisine ne s'étend qu'aux meubles, sans que le testateur puisse l'augmenter (*c*). La plupart des auteurs enseignent que l'exécuteur ne peut réclamer les revenus des immeubles échus après le décès du testateur (*d*).

Dans notre droit ce sera plus prudent de suivre l'avis qui a réuni les suffrages de la plupart des auteurs, tant dans l'ancien droit que dans le droit moderne, et de décider que l'exécuteur testamentaire n'est pas saisi, en vertu de la saisine légale, du revenu des immeubles échu pendant l'année de la saisine, et cela pour entre autres motifs la raison péremptoire que ce revenu n'est pas compris dans la succession du testateur, mais au contraire est la propriété de ses héritiers et légataires (*e*). Le testateur devra donc s'exprimer sur ce point s'il veut que l'exécuteur administre ce revenu.

(*a*) *Donations*, 2e partie, nº 76.

(*b*) Cet usage est attesté et approuvé par Rousseau de la Combe, vº *Exécution testamentaire*, nº 7, et par Bourjon et son annotateur, 5e partie, ch. 11, sec. 2, nº 15 (t. 2, p. 375), et critiqué par Ricard, nº 78, Ferrière, sur l'art. 297 de la coutume de Paris, glose 1ère, nº 34 (t. 4, col. 278), et par Furgole, ch. 10, sec. 4, nº 40 (t. 4, p. 161).

(*c*) Art. 1026 C. N., et Demolombe, nºs 42 et suiv. Voy. *infra*, p. 463 et note (*a*).

(*d*) Comp. Demolombe, nº 53.

(*e*) Comp. Pandectes françaises, vis *Donations et testaments*, nºs 9913, 9944.

La durée de la saisine légale de l'exécuteur testamentaire, quand le testateur ne l'a pas étendue, est de l'an et jour. " Cette saisine," dit le deuxième alinéa de l'article 918, " dure " pendant l'an et jour à compter du décès du testateur, ou du " temps où l'exécuteur a cessé d'être empêché de se mettre en " possession." Ainsi, si le testament n'a été découvert que longtemps après la mort du testateur, la saisine de l'exécuteur testamentaire datera de cette découverte. Si l'héritier ou un tiers, par des contestations, a empêché l'exécuteur de prendre possession du mobilier de la succession, l'an et jour ne comptera que de la cessation de l'obstacle, autrement l'héritier ou le tiers pourrait rendre les pouvoirs de l'exécuteur illusoires.

Cette disposition est conforme à l'ancien droit. Dans le droit français moderne, la saisine, quand le testateur l'a accordée, ne dure que pendant l'an et jour, sans que le testateur puisse la faire durer plus longtemps, point qui différencie ce droit du nôtre (*a*).

Nous avons une jurisprudence assez abondante sur ces questions.

Ainsi, dans une cause d'*Archambault* v. *The Citizens Insurance Co.* (24 L. C. J., p. 293 ; 3 L. N., p. 416), le juge Jetté a jugé qu'une assurance sur la vie est un bien meuble et comme tel est payable à l'exécuteur testamentaire, et non au légataire d'icelle.

Dans la cause de *Normandeau* & *McDonnell* (30 L. C. J., p. 120 ; M. L. R., 4 Q. B., p. 319), la cour d'appel a décidé que le tuteur à des héritiers mineurs ne peut enlever à l'exécuteur testamentaire la possession du mobilier de la succession, même pour l'usage de ces mineurs.

Le juge Taschereau a jugé, dans la cause d'*Arbec* v. *Lamarre* (M. L. R., 4 S. C., p. 447) que l'exécuteur testamentaire n'a pas la saisine, ni l'administration des immeubles (*b*), et qu'il ne peut les hypothéquer, même avec l'autorisation judiciaire sur avis du conseil du conseil de famille. Cette décision a été confirmée par la cour de revision (M. L. R., 5 S. C., p. 7).

Dans la cause de *Marchessault* & *Durand* (M. L. R., 5 Q. B., p, 364), la cour d'appel a décidé que l'exécuteur testamentaire, qui a rempli les fonctions qui lui étaient confiées et a remis les biens meubles d'une succession au tuteur de l'appelé, ne

(*a*) Art. 1026, C. N., Demolombe, nº 48.

(*b*) En ce sens, voy. le nouveau Denisart, vº *Exécuteur testamentaire*, nº 14.

peut, à la mort de l'appelé dans l'an et jour du décès du testateur, revendiquer ces biens contre le tuteur pour les distribuer aux grevés, le tuteur n'étant comptable qu'aux grevés ou au curateur à la substitution.

Dans la cause de *McVey* v. *McVey* (19 R. L., p. 136), le juge Cimon a jugé que l'exécuteur testamentaire, chargé du paiement des dettes du défunt, peut s'opposer à un partage pendant la durée de la saisine, lorsqu'il y a des dettes à acquitter, et que l'on demande le partage des biens meubles.

II. De la saisine testamentaire.—Cette saisine, je l'ai expliqué, dérive uniquement de la volonté du testateur qui a voulu modifier, en plus ou en moins, la saisine établie par la loi, faculté qu'il tient, avec toutes les conséquences qu'elle comporte, du principe de la liberté illimitée de tester. Pouvant disposer de ses biens, par acte de dernière volonté, sans réserve, restriction, ni limitation (art. 831), il doit posséder le pouvoir de régler, comme il l'entend, le mode d'exécution de son testament. Quand il ne s'en explique pas, on présume qu'il s'est contenté des pouvoirs que la loi confère à l'exécuteur testamentaire. Au contraire, s'il a voulu régler lui-même ces pouvoirs, on doit donner effet à sa volonté, pourvu qu'elle ne blesse pas l'ordre public ou les bonnes mœurs. Il s'ensuit, qu'alors que la saisine légale est implicite et se présume par le seul fait de la nomination d'un exécuteur, la saisine testamentaire doit nécessairement être expresse, et n'exclut la saisine légale que si le testateur l'a ainsi ordonné.

Je puis ajouter qu'en France toute saisine est testamentaire, en ce sens que si le testateur ne l'a pas conférée, l'exécuteur ne peut l'exiger (art. 1026 C. N.). Mais cette saisine, quand le testateur l'a accordée, devient légale, car on enseigne qu'elle ne peut s'exercer que dans les limites tracées par le législateur, sans que le testateur puisse les étendre (*a*).

Donc, dans notre droit, le testateur règle à son gré la saisine qu'il veut conférer à son exécuteur testamentaire.

Ce principe de liberté est formulé dans les termes les plus larges par l'article 921 que je vais citer.

921. " Le testateur peut modifier, restreindre, ou étendre les " pouvoirs, les obligations et la saisine de l'exécuteur testa-

---

(*a*) M, Baudry-Lacantinerie, *Précis*, nº 631. Il y a toutefois controverse sur cette question. Comp. Demolombe, nºˢ 84 et suiv. Observons que Pothier, *Donations testamentaires*, nº 217, se prononçait contre l'extension de la saisine.

" mentaire, et la durée de sa charge. Il peut constituer l'exé-
" cuteur testamentaire administrateur des biens en tout ou en
" partie, et même lui donner pouvoir de les aliéner, avec ou
" sans l'intervention de l'héritier ou du légataire, en la manière
" et pour les fins par lui établies (*a*)."

Il est évident que tout est régi ici par les termes du testament. Le législateur n'a posé et ne pouvait poser aucune règle particulière, sauf le principe de liberté de notre article, lequel autorise toute disposition qui n'est pas contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. C'est une simple question d'interprétation de la volonté du testateur.

Toutefois, on ne doit pas perdre de vue, en faisant cette interprétation, la nature même et le but de l'exécution testamentaire. Cette exécution, nous l'avons vu, est un mandat, la saisine est le moyen d'accomplir ce mandat et le but de l'exécution est de donner effet aux dispositions du testament. Donc il importe peu que le testateur ait prolongé la saisine pendant dix ans à compter de son décès ; si, au bout d'une année, l'exécuteur testamentaire a entièrement exécuté le testament, la saisine prendra fin, car l'exécution testamentaire aura elle-même cessé (*b*). De même, quelque étendu que soit le pouvoir d'aliénation que le testateur a conféré à l'exécuteur, ce dernier ne peut exercer ce pouvoir que pour l'exécution du testament, et une aliénation qui n'aurait pas ce but, serait non avenue. Il est clair que le testateur peut, comme le dit l'article 916, remettre à l'exécuteur de son testament l'entière disposition de ses biens sans responsabilité, le constituer légataire, mais si une telle intention n'apparaît pas, et elle doit être non équivoque, les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, tout étendus qu'ils sont, se trouvent limités par la nature même du mandat qu'il exerce.

Sur un point spécial le législateur s'est expliqué. Le testa-

(*a*) Dans le projet de cet article, tel que rédigé par les codificateurs, on lisait, après les mots " la durée de sa charge," le passage suivant que la législature a supprimé : " Il peut faire ces dispositions, soit pour un " temps, soit à perpétuité." Les codificateurs expliquent qu'il était douteux que la législation de 1774 et 1801 eût autorisé cette perpétuité, mais qu'ils avaient cru devoir adopter la solution affirmative pour l'avenir. Cependant ce n'était là que la conséquence de leurs vues sur la perpétuité des substitutions qu'ils admettaient (voy. l'article 186 du projet). Le législateur, au contraire, a maintenu les dispositions de l'ancien droit qui restreignaient la durée des substitutions (art. 932), et il devait pareillement supprimer le passage que j'ai cité.

(*b*) Voy., en ce sens, la cause de *Marchessault & Durand*, *supra*, p. 462.

teur ne peut, sous prétexte d'exécution de son testament, nommer des tuteurs à des mineurs ou des curateurs à des personnes qui ne peuvent gérer leurs affaires, mais le fait d'avoir prétendu faire telles nominations et leur nullité n'empêcheront pas la personne désignée d'exercer les pouvoirs qui lui sont spécifiquement conférés. Nous trouvons cette disposition à l'article 922 qui est en ces termes :

922. " Un testateur ne peut nommer de tuteurs aux mi-" neurs, ni de curateurs à ceux qui sont dans le cas d'en être " pourvus, ou à une substitution.

" Si le testateur a prétendu nommer à ces charges, les pou-" voirs spécifiques donnés aux personnes ainsi appelées et " qu'il eût pu leur conférer sans cette désignation, peuvent " cependant être exercés par elles comme exécuteurs et admi-" nistrateurs testamentaires.

" Le testateur peut obliger l'héritier ou le légataire à prendre " l'avis ou à obtenir l'assentiment des exécuteurs testamen-" taires ou d'autres personnes dans certains cas."

Cette disposition ne peut souffrir aucune difficulté ; ce n'est que le corollaire de l'article 249, qui pose le principe que " toutes les tutelles sont datives." En France, je l'ai dit ailleurs, il y a des tuteurs testamentaires. Cependant, l'article 922 donne effet à la volonté du testateur sans s'arrêter au titre qu'il a prétendu conférer à son exécuteur testamentaire.

Bien entendu, si le testateur a déclaré nommer un tuteur, et que la personne désignée ait exercé de fait, bien qu'illégalement, les fonctions de la tutelle, elle devra rendre compte de sa gestion, tout comme si elle avait été régulièrement nommée à cette charge. C'est ce principe, affirmé par la cour d'appel, dans la cause de *Miller* & *Coleman* (2 D. C. A., p. 33), que j'ai énoncé dans mon tome 2, p. 246.

Quant à l'extension plus ou moins grande que le testateur peut apporter aux pouvoirs de son exécuteur testamentaire, il est inutile de citer les arrêts, assez nombreux d'ailleurs, qui ont interprété des dispositions particulières, car ces arrêts sont tous des arrêts d'espèce. Je puis signaler toutefois la décision du juge Rainville, dans la cause de *La Banque du Peuple* v. *Lionais* (12 R. L., p. 61), à l'effet que l'exécuteur testamentaire, à qui le testateur a donné le droit de disposer d'une manière absolue des biens de la succession, a le droit d'endosser des billets en sa qualité d'exécuteur, surtout si cet endossement se fait en faveur du légataire.

J'ajouterai que souvent l'exécution testamentaire, quand le

testateur lui a donné beaucoup d'extension, se rapproche de la fiducie dont il sera question dans le chapitre V de ce titre. Le fiduciaire est un véritable légataire (art. 869, 981*a*), mais il est légataire, non pas pour lui-même, en général, mais pour des légataires au bénéfice desquels la fiducie a été créée. Comme le dit l'article 869, le testateur peut donner des pouvoirs fiduciaires à ses exécuteurs testamentaires, faculté que présuppose du reste l'article 921.

2° *De la gestion de l'exécuteur testamentaire.*

Je parlerai de cette gestion telle qu'elle découle de la saisine légale, car il est manifestement impossible de décrire les fonctions de l'exécuteur quand la saisine est testamentaire, tout étant alors réglé par les termes de chaque testament.

L'article 919 explique en détail les fonctions de l'exécuteur testamentaire. Il est en ces termes :

919. " L'exécuteur testamentaire fait faire inventaire, en y " appelant les héritiers et légataires et autres intéressés. Il " peut cependant faire de suite tous actes conservatoires et " autres qui demandent célérité.

" Il veille aux funérailles du défunt.

" Il procède à faire vérifier le testament, et le fait enregis-" gistrer, dans les cas requis.

" S'il y a contestation sur la validité du testament, il peut " se rendre partie pour la soutenir.

" Il paie les dettes et acquitte les legs particuliers, du con-" sentement de l'héritier ou du légataire qui recueillent la suc-" cession, ou, iceux appelés, avec l'autorisation du tribunal.

" En cas d'insuffisance de deniers pour l'exécution du testa-" ment, il peut, avec le même consentement ou la même auto-" risation, faire vendre jusqu'à concurrence le mobilier de la " succession. L'héritier ou le légataire peuvent cependant " empêcher cette vente en offrant de remettre les sommes " nécessaires pour accomplir le testament.

" L'exécuteur testamentaire peut recevoir le montant des " créances et en poursuivre le paiement.

" Il peut être poursuivi pour ce qui tombe dans les devoirs " de sa charge, sauf son droit de mettre en cause l'héritier ou " le légataire " (*a*).

(*a*) Cet article est bien plus détaillé que l'article 1031 du code Napoléon auquel il correspond.

La gestion de l'exécuteur testamentaire comprend six points :
1° Les mesures préliminaires ;
2° Les mesures conservatoires ;
3° La réception des créances ;
4° Le paiement des dettes et des legs ;
5° L'exécution générale du testament ;
6° Le compte de sa gestion.

J'examinerai, dans l'ordre indiqué, chacun de ces points, sauf le dernier qui sera le sujet d'un renvoi à un autre paragraphe de cette section.

I. Les mesures préliminaires.—Le code en indique trois : veiller aux funérailles du défunt, faire vérifier le testament, le faire enregistrer dans les cas requis.

L'exécuteur testamentaire n'est pas toujours en position de veiller aux funérailles du défunt, car il arrive bien souvent que le testament ne soit ouvert qu'après les obsèques, et que l'exécuteur jusque-là soit inconnu. Mais c'est son droit de régler tous les points qui regardent ces funérailles, et il peut notamment empêcher à cette occasion des dépenses que la position sociale ou financière du défunt ne justifierait pas.

L'exécuteur doit également faire vérifier le testament s'il est fait suivant la forme anglaise ou olographe. Il est même, je l'ai dit plus haut, la seule personne à qui le code impose ce devoir.

L'exécuteur testamentaire doit de plus faire enregistrer le testament dans les cas requis. Le code n'indique pas ces cas, mais il est hors de doute que le testament doit être enregistré quand il y a des immeubles (art. 2098). Est-il nécessaire qu'il soit enregistré quand la succession est purement mobilière ? C'est une question que j'aurai à résoudre au titre *De l'enregistrement des droits réels*, mais en attendant je puis renvoyer à un excellent article de M. L. P. Sirois, 4 *Revue Légale* (nouvelle série), pp. 385 et 443, où la négative est soutenue par des arguments auxquels il est difficile de répondre. L'enregistrement du testament doit, bien entendu, se faire dans les délais prescrits, c'est-à-dire dans les six mois à compter du décès du testateur, s'il décède dans les limites du Canada, et dans les trois ans à compter de ce décès s'il a lieu hors du Canada (art. 2110) (*a*), sauf la disposition spéciale de l'article 2111 en cas de recelé, suppression ou contestation du testament.

(*a*) Dans ce dernier cas la saisine de l'exécuteur testamentaire, lorsqu'elle n'a pas été prolongée par le testateur, aura pris fin longtemps avant l'expiration du délai.

II. Les mesures conservatoires.—La seule mesure conservatoire que le code impose à l'exécuteur testamentaire, c'est la confection d'un inventaire. L'article 1031 du code Napoléon dit que les exécuteurs testamentaires feront apposer les scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits, ou absents, mais il y a controverse sur la question de savoir si cette disposition n'a pas été abrogée ou du moins modifiée par les articles 910 et 911 du code de procédure civile français (*a*). Notre code civil ne parle pas de l'apposition des scellés, qui du reste peut avoir lieu sur les biens d'une succession en attendant la confection d'un inventaire, même lorsque les héritiers ne sont pas mineurs, interdits ou absents (art. 1362 C. P. C.). Et l'article 1364 de notre code de procédure civile comprend l'exécuteur testamentaire dans l'énumération des personnes qui *peuvent* requérir l'apposition des scellés, ce qui porte à conclure que cette demande est purement facultative de sa part.

Mais la confection d'un inventaire n'est pas laissée à la discrétion de l'exécuteur testamentaire; c'est un devoir que la loi lui impose. Il doit y procéder, dit l'article 919, "en y " appelant les héritiers et légataires et autres intéressés." Notre article ne mentionne pas les biens que l'exécuteur testamentaire doit faire inventorier, mais malgré que la saisine ne porte que sur le mobilier, il faut décider que l'inventaire doit renfermer la désignation des immeubles, telle étant l'exigence de l'article 1392 du nouveau code de procédure civile.

La confection de l'inventaire, l'assignation des parties intéressées, le choix du notaire et le règlement des difficultés qui peuvent s'élever entre les parties sont sujets aux dispositions du code de procédure civile, articles 1387 et suivants. Je n'ai pas besoin de les rapporter ici.

Toutefois, bien que la confection d'un inventaire en principe constitue pour l'exécuteur un devoir impératif, le testateur pourrait l'en exempter, comme le dit formellement du reste l'article 916. Les codificateurs font observer, sous ce dernier article, que Pothier paraît être contre la dispense de faire inventaire, mais, ajoutent-ils, notre loi actuelle des testaments enlève le doute (*b*). De fait, refuser ce droit au testateur serait violer le principe fondamental de la liberté illimitée de tester.

(*a*) Comp. Demolombe, nº 61.

(*b*) En effet, Pothier (nº 227) combattait, sur ce point, Ricard (t. 1er, 2e part. nº 86 et suiv.) qui enseignait que le testateur peut décharger les exécuteurs de faire inventaire.

L'inventaire doit être l'un des premiers soins de l'exécuteur testamentaire après l'acceptation de sa charge. Toutefois notre article dit qu'il peut cependant faire immédiatement tous actes conservatoires et autres qui demandent célérité. L'inventaire étant lui-même une mesure conservatoire, cette disposition ne souffre aucune difficulté. Au même effet est la disposition de l'article 915 qui porte que " l'exécuteur testamentaire peut, " avant la vérification du testament, procéder aux actes con- " servatoires et autres qui demandent célérité, sauf à faire " faire cette vérification sans délai, et à en produire la preuve " où elle est requise."

La saisine de l'exécuteur testamentaire est-elle subordonnée à la confection de l'inventaire ? En d'autres termes, l'exécuteur peut-il exercer sa gestion et poursuivre les débiteurs de la succession avant d'avoir fait inventaire ? C'est la question qui s'est posée dans la cause de *Cook & La banque de Québec* (cour supérieure, R. J. Q., 1 C. S., p. 501 ; cour d'appel, R. J. Q., 2 B. R., p. 172). En cour supérieure, le juge Casault avait décidé que l'exécuteur testamentaire n'a pas une saisine effective tant qu'il n'a pas fait inventaire, et que jusque-là ses pouvoirs se bornent aux actes conservatoires et autres qui requièrent célérité (*a*). Cependant, cette décision a été infirmée par la cour d'appel, par trois juges contre deux, cette cour jugeant que l'exécuteur testamentaire est saisi des biens meubles du testateur au moment du décès de ce dernier, indépendamment de la confection de l'inventaire ; que partant une banque est tenue, même avant l'accomplissement de cette formalité, de faire honneur aux chèques des exécuteurs. Bien que ce partage d'avis parmi nos juges ne nous autorise pas à regarder la question comme absolument réglée, je crois que la décision de la cour d'appel est bien fondée. Je la préfère surtout à l'opinion contraire qui, ne pouvant nier que l'exécuteur testamentaire soit saisi dès le décès du testateur, lui conteste cependant la possession des biens jusqu'à ce qu'il ait fait inventaire. Je puis ajouter que le juge Mathieu a suivi la décision de la cour d'appel dans une cause de *Henderson* v. *Campbell* (R. J. Q., 4 C. S., p. 4), et que dans une cause de *Devlin* v. *Devlin* (R. J. Q., 6 C. S., p. 338). le juge Pagnuelo a jugé que le fait que l'exécuteur testamentaire et tuteur n'a pas pas fait inventaire de la succession qu'il était chargé d'admi-

---

(*a*) En effet, Pothier (n° 226) enseignait que ce n'est qu'en faisant l'inventaire que l'exécuteur est saisi des biens de la succession.

nistrer, ne le prive pas de ses justes réclamations contre cette succession, et que ce défaut d'inventaire ne pourrait militer contre lui que s'il existait de graves soupçons quant à l'exigibilité de sa créance contre la succession.

Dans la cause d'*Archambault* v. *The Citizens Insurance Co.* (24 L. C. J., p. 293), le juge Jetté a décidé que lorsque l'inventaire a été fait sincèrement et loyalement, l'inaccomplissement de certaines formalités de peu d'importance et qui n'avait occasionné aucun préjudice aux parties n'est pas une cause de nullité de l'inventaire.

Dans la cause de *Howard* v. *Yule* (M. L. R., 4 S. C., p. 454), le juge Rainville a jugé que les héritiers ou légataires ne peuvent pas, après plusieurs années, se plaindre du fait que l'exécuteur testamentaire n'a pas fait un inventaire suivant la loi, mais s'est contenté d'un état des biens sous seing privé, fait par le testateur lui-même, quelque temps avant sa mort, et que ce fait n'est pas une raison de demander la destitution de l'exécuteur.

L'absence de biens est-elle une raison de ne pas faire inventaire ? Je ne le crois pas, car alors cette absence de biens doit être constatée et ne peut l'être que par un procès-verbal de carence.

L'inventaire est la seule mesure conservatoire que prescrive l'article 919, mais il n'est pas douteux qu'il entre dans la mission de l'exécuteur de prendre toute mesure conservatoire que l'exécution du testament exige.

III. La réception des créances.—L'article 919 porte que "l'exé-" cuteur testamentaire peut recevoir le montant des créances " et en poursuivre le paiement." Ce principe est admis en France (*a*) ; c'est du reste une conséquence de la saisine. Je crois cependant que cette disposition se limite aux créances mobilières, et que l'exécuteur n'aurait pas qualité, en vertu de la saisine légale, pour recevoir un capital immobilier ou pour en poursuivre le recouvrement (*b*).

Quel est l'effet, quant aux héritiers, des jugements rendus pour ou contre l'exécuteur testamentaire sur une poursuite que ce dernier a intentée pour le recouvrement d'une dette de

(*a*) Demolombe, nº 56 ; M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, nº 627.

(*b*) C'est ce qu'on décidait sous l'ancien droit quant aux rentes, qui étaient alors immeubles. Voy. Nouveau Denisart, vº *Exécuteur testamentaire*, nº 13 ; Pothier, nº 220.

la succession? En d'autres termes, ce jugement constitue-t-il chose jugée à l'égard des héritiers? En France, on enseigne que la chose jugée n'a pas lieu *contre* l'héritier, mais que ce dernier peut invoquer un jugement que l'exécuteur testamentaire aurait obtenu, soit contre un débiteur de la succession, soit contre un légataire qui lui réclamerait son legs (*a*). Je crois que nous pouvons accueillir cette solution ici.

Dans une ancienne cause de *Hamilton* v. *Plenderleath* (2 R. de L., p. 1), on a décidé que l'exécuteur n'a pas qualité pour reprendre une instance qui se rapporte à des immeubles.

Dans une cause de *Gray* v. *The Quebec Bank* (5 Q. L. R., p. 92), la cour de revision à Québec a jugé que les débiteurs poursuivis par les exécuteurs testamentaires ont droit de lui opposer les exceptions et défenses qu'ils auraient pu faire valoir à l'encontre des légataires eux-mêmes.

Le juge Badgley a décidé, dans la cause de *Johnson* v. *Aylmer* (1 L. C. L. J., p. 67), que l'exécuteur testamentaire seul, et non pas l'usufruitier établi par le testament, peut soutenir en justice les droits de la succession.

Enfin, dans la cause de *Hudon* & *Hudon* (R. J. Q., 5 B. R., p. 457), la cour d'appel a jugé que l'exécuteur testamentaire poursuivant le paiement d'une dette de la succession, peut appeler du jugement qui a renvoyé son action sans être tenu d'obtenir le consentement préalable des héritiers.

Il n'est pas non plus tenu de prouver sa qualité lorsque cette qualité n'a pas été spécialement niée par les plaidoyers : *Taschereau* & *Mathieu*, cour de revision à Québec, R. J. Q., 10 C. S., p. 418.

IV. Le paiement des dettes et des legs.—L'article 919 dit que l'exécuteur testamentaire " paie les dettes et acquitte les legs " particuliers, du consentement de l'héritier ou du légataire " qui recueillent la succession, ou, iceux appelés, avec l'autori- " sation du tribunal.—En cas d'insuffisance de deniers pour " l'exécution du testament, il peut, avec le même consentement " ou la même autorisation, faire vendre jusqu'à concurrence " le mobilier de la succession. L'héritier ou le légataire peu- " vent cependant empêcher cette vente en offrant de remettre " les sommes nécessaires pour accomplir le testament."

En France, on reconnaît que le mandat de l'exécuteur tes-

(*a*) Demolombe, nos 56, 69 ; Pandectes françaises, vis *Donations et testaments*, no 10,000.

tamentaire s'étend au paiement des legs, mais on enseigne que le paiement des dettes n'entre pas dans ses fonctions. Telle était également la doctrine de l'ancien droit (*a*), qui exigeait, dans ce cas, un pouvoir exprès conféré par testament. Nous trouvons cette même doctrine dans quelques anciens arrêts de notre jurisprudence (*b*). Les codificateurs, cependant, ne semblent pas avoir cru innover en rédigeant notre article dans des termes qui ne laissent aucun doute sur le pouvoir et même l'obligation de l'exécuteur de payer à même les deniers qu'il a en mains les dettes de la succession. Bien entendu il ne s'agit que des dettes mobilières.

Mais il résulte de ces mêmes termes que l'exécuteur ne doit pas prendre sur lui de payer les dettes et d'acquitter les legs, sans l'aveu de l'héritier ou du légataire. Il doit requérir leur consentement ou, si ce consentement n'est pas donné, demander l'autorisation du tribunal, après assignation préalable des héritiers ou des légataires. Il procéderait dans ce cas par voie de requête signifiée aux héritiers ou légataires. Le paiement que l'exécuteur ferait, sans ce consentement ou cette autorisation, ne serait pas pour cette seule raison non avenu, mais l'exécuteur le ferait à ses risques et périls, et l'héritier pourrait l'attaquer en faisant voir que la dette n'existait pas ou que le legs était nul ou avait déjà été acquitté. Le véritable débiteur, en effet, c'est l'héritier et, comme ce dernier peut avoir des raisons de repousser sa responsabilité, il doit être préalablement consulté, et cela d'autant plus que l'exécuteur testamentaire n'est pas son représentant.

Puisque l'exécuteur testamentaire a pour devoir de payer les dettes et d'acquitter les legs, il s'ensuit que le créancier peut le poursuivre pour obtenir contre lui une condamnation à cet effet. C'est du reste la disposition formelle de notre article : " Il peut être poursuivi," dit-il, " pour ce qui tombe " dans les devoirs de sa charge, sauf son droit de mettre en cause l'héritier où le légataire."

Le créancier doit-il dans ce cas poursuivre l'héritier en

(*a*) Nouveau Denisart, *eodem verbo*, nº 16 ; Ricard, Donations, 2e partie, nº 80. Il est vrai que Pothier (nº 228) enseignait que l'exécuteur, après qu'il a fait inventaire, doit acquitter les legs portés par le testament et les dettes mobilières, mais il écrivait sous l'empire de la coutume d'Orléans, dont l'article 291, comme notre article 919, conférait expressément ce pouvoir à l'exécuteur testamentaire.

(*b*) *Bernier* v. *Bossé* (1 R. de L., p. 349) ; *Iffland* v. *Wilson* (1 R. de L., p. 350).

même temps que l'exécuteur testamentaire ? Il est hors de doute qu'il peut mettre l'héritier en cause, et c'est ce que le juge Loranger a jugé daus une cause de *The Royal Institution for the Advancement of Learning* v. *Scott* (5 L. N., p. 375). Mais peut-il poursuivre l'exécuteur testamentaire seul, sauf à ce dernier à mettre l'héritier ou le légataire en cause ? La négative avait été jugée avant le code par le juge Taschereau, dans la cause de *Caspar* v. *Hunter* (14 L. C. R., p. 198), mais l'affirmative ne saurait souffrir de doute, étant donnée la disposition que je viens de citer, et telle est du reste notre jurisprudence (*a*).

Quelques arrêts de nos tribunaux ont jugé que l'exécuteur testamentaire ne peut repousser une action intentée, soit par un créancier, soit par un légataire, en alléguant insuffisance des biens de la succession pour acquitter la demande ; que le demandeur a droit à un jugement contre l'exécuteur testamentaire, ès qualité, le condamnant à payer, et que la question de suffisance ou d'insuffisance des biens de la succession ne peut se présenter que sur l'exécution du jugement. Voy. la décision du juge Rainville dans la cause de *McGrath* v. *Graham* (12 R. L., p. 607), et de la cour d'appel dans la cause de *Newman* & *Newman* (3 D. C. A., p. 137). Le contraire avait été jugé par le juge Taschereau, avant le code, dans la cause de *Caspar* v. *Hunter* (14 L. C. R., p. 198) (*b*).

Dans une cause de *Rolland* & *Beaudry* (2 L. N., p. 171 ; 23 L. C. J., p. 255), la cour d'appel a jugé que les légataires universels doivent payer les dettes du testateur, malgré qu'il ait nommé des exécuteurs testamentaires, ce qui fait voir que le créancier peut diriger son action contre l'héritier. Et c'est encore ce que le juge Würtele a décidé dans la cause de

---

(*a*) Voy. la décision de la cour d'appel, dans la cause de *De Léry* & *Campbell* (16 L. C. R., p. 54), à l'effet que l'exécuteur testamentaire peut être poursuivi seul pour le recouvrement des dettes mobilières de la succession, et que le devoir de l'exécuteur est alors de dénoncer la poursuite à l'héritier afin, s'il y a doute, qu'il puisse l'admettre ou la contester. Le même principe a été affirmé par la même cour dans la cause de *Gray* & *Dubuc* (2 Q. L. R., p. 234).

(*b*) On pourra consulter une décision du juge Pagnuelo prononcée dans le cas d'un légataire, dans une cause de *Dandurand* v. *Moore* (R. J. Q., 6 C. S., p. 234), où il a jugé que le légataire avait droit à sa part de revenus chaque année, à moins que les exécuteurs ne fussent en position de démontrer que la succession était insuffisante. Dans l'espèce, le testament portait que les legs seraient réduits si la succession se montait à moins que la somme prévue.

Bourassa v. *Bourassa* (M. L. R., 7 C. S., p. 1). D'après le savant juge, les légataires universels peuvent être poursuivis pour une dette de la succession, malgré que le testateur ait nommé des exécuteurs et que ceux-ci aient pris possession de ses biens. Les légataires universels peuvent bien, ajoute-t-il, demander que les exécuteurs paient la dette à leur acquit, mais ils ne peuvent obtenir la suspension des procédures du créancier pour qu'ils puissent exercer leur recours contre les exécuteurs testamentaires. Et quant au droit du légataire particulier de réclamer son legs de celui qui le détient, sans l'intervention de l'exécuteur, on peut citer un *dictum* du juge Taschereau dans la cause de *Gray* & *The Quebec Bank* (5 Q. L. R., p. 94), à l'effet que les usufruitiers conjoints d'actions dans une banque peuvent poursuivre la banque pour le paiement des dividendes sur ces actions, sans mettre en cause l'exécuteur testamentaire. Cependant, dans une cause de *Woolrich* & *The Bank of Montreal* (28 L. C. J., p, 314), la cour d'appel a ordonné la mise en cause de l'exécuteur testamentaire, aux frais et à la diligence d'un légataire. Dans l'espèce, le légataire poursuivait la banque pour que des actions qui lui avaient été léguées lui fussent transférées dans les livres de la banque, et celle-ci s'y refusait, en alléguant que sans la connaissance et le consentement de l'exécuteur, elle ne pouvait se rendre à la demande du légataire.

Dans la cause de *Devlin* v. *Devlin* (R. J. Q., 6 C. S., p. 338), le juge Pagnuelo a jugé que l'exécuteur testamentaire ne peut se servir du montant d'une police d'assurance payable à la femme et aux enfants de l'assuré pour payer les dettes de la succession (dont l'actif, dans l'espèce, ne suffisait pas pour payer le passif) de l'assuré, et cela malgré que cet exécuteur, qui était en même temps le tuteur de ces enfants mineurs, eût accepté la succession en leur nom, cette acceptation ne pouvant se faire que sous bénéfice d'inventaire. Cela se comprend, car le montant d'une telle assurance n'est pas censé compris dans la succession (art. 5604, 5605 S. R. P. Q.).

En cas d'insuffisance de deniers pour l'exécution du testament, l'exécuteur du testament peut, avec le consentement de l'héritier, ou avec l'autorisation du tribunal après appel préalable de l'héritier, faire vendre jusqu'à concurrence le mobilier de la succession. Je crois que lorsque la justice est appelée à se prononcer sur l'opportunité de la vente, elle doit régler le mode et les conditions de cette vente. Pothier (n° 228) voulait que la vente fût *publique*, mais lorsque l'héritier est majeur et

qu'il consent à la vente, il est hors de doute que la vente peut se faire de gré à gré. La vente devrait être publique s'il y a des héritiers ou légataires mineurs (*a*). Au reste, je crois qu'il y aurait lieu à l'application du principe de l'article 697 qui, en matière de rapports, ordonne la vente publique des meubles de la succession lorsqu'il y a des créanciers saisissants ou opposants, ou lorsque la majorité des cohéritiers juge la vente nécessaire pour l'acquit des dettes et charges de la succession. Cela amènerait l'application des articles 1399 et suivants du code de procédure civile.

Quand il s'agit de vendre une partie seulement des meubles on enseigne que c'est à l'héritier qu'il appartient de désigner ceux qu'il désire garder de préférence (*b*), et le tribunal, quand son autorisation est requise, devrait, dans ce cas, indiquer l'ordre dans lequel les meubles seront vendus.

L'article 919 ajoute toutefois que l'héritier ou le légataire peut empêcher cette vente en offrant de remettre les sommes nécessaires pour accomplir le testament. Il faut, bien entendu, que cette offre soit réelle, c'est-à-dire qu'elle soit accompagnée des espèces requises. Une caution offerte par l'héritier ne suffirait pas (*c*).

V. L'exécution générale du testament.—L'exécuteur testamentaire a pour devoir de veiller à l'exécution du testament, et c'est dans ce but que la loi lui confère la saisine du mobilier et lui ordonne de faire inventaire, de faire rentrer les créances et de payer les dettes et les legs. Cependant, je l'ai dit à plusieurs reprises, ses devoirs sont ceux d'un simple administrateur ; il ne peut faire aucun acte de disposition, sauf la vente du mobilier pour acquitter les charges de la succession, si le testateur ne lui en a pas conféré un pouvoir exprès (*d*).

(*a*) Voy. aussi les articles 1341 et suivants du code de procédure civile au sujet de la vente d'actions dans des compagnies industrielles ou financières appartenant à des mineurs.

(*b*) Demolombe, nº 73. C'est un droit du reste que l'on reconnaît au saisi (art. 664 C. P C.).

(*c*) Comp. Demolombe (nº 57) sur la disposition de l'article 1027 du code Napoléon, qui permet à l'héritier de faire cesser la saisine de l'exécuteur testamentaire, en offrant de lui remettre une somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers, ou en justifiant de ce paiement.

(*d*) Bien que la location soit un acte d'administration, les anciens auteurs décidaient, dans les coutumes qui conféraient la saisine des immeubles à l'exécuteur testamentaire, que ce dernier ne pouvait con-

Les principaux pouvoirs de l'exécuteur testamentaire pour l'exécution du testament ont été énumérés plus haut. Quant au reste, il faut consulter les termes du testament, car le testateur peut étendre, restreindre ou modifier les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire et la saisine que la loi lui accorde (art. 921). Mais on paraît admettre en France que le mandat de l'exécuteur testamentaire peut durer encore, alors que sa saisine a pris fin (*a*). Il n'y a rien dans notre code qui nous autoriserait à repousser cette doctrine.

Observons toutefois que l'exécuteur testamentaire, étant un simple mandataire, doit se restreindre dans les limites qui lui sont tracées par le testament ou par la loi lorsque le testament ne renferme aucune indication à cet égard. S'il dépasse les bornes de ce mandat, ses actes sont frappés de nullité, mais cette nullité est purement relative et est susceptible d'être couverte par la ratification de l'héritier ou du légataire.

J'ajoute que l'exécuteur testamentaire n'est pas obligé de toujours agir en personne et qu'il peut employer des commis ou autres aides, sous sa responsabilité personnelle. Il a même le droit de confier des actes spécifiques à un mandataire nommé par lui, le tout sans amoindrir sa responsabilité personnelle (*b*), mais il ne saurait, si pouvoir exprès ne lui en a pas été conféré par le testateur, déléguer généralement l'exécution du testament. L'article 913 que j'ai cité plus haut (*c*) en a une disposition expresse. Il porte que " les exécuteurs ne peuvent " déléguer généralement l'exécution du testament à d'autres " qu'à leurs coexécuteurs, mais ils peuvent se faire représenter " par procureurs pour des actes déterminés."

---

sentir un bail, à cause du peu de durée de sa gestion, mais qu'il pouvait faire valoir les terres. Comp. Nouveau Denisart, v° *Exécuteur testamentaire*, n° 14 ; Pothier, n° 219. Dans notre droit, lorsque la saisine de l'exécuteur a été étendue au delà de l'an et jour et que le testateur lui a conféré l'administration des immeubles, cette objection n'aurait plus de portée.

(*a*) MM. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, t. 2, n° 2655 ; Aubry & Rau, t. 7, § 711, n° 5, p. 457 ; Demolombe, n° 83. Ils enseignent que ce mandat n'est pas en général, c'est-à-dire sauf en ce qui concerne les pouvoirs exceptionnels qui dérivent de la saisine, restreint à un temps déterminé, mais qu'il dure aussi longtemps que le soin de l'exécution l'exige.

(*b*) Demolombe, n° 41. C'est ce qui a été décidé, dit-il, par la cour de cassation, dans une espèce d'autant plus remarquable, que le testateur avait nommé un exécuteur subsidiaire, à défaut du premier.

(*c*) *Supra*, p. 454.

Cette question a été discutée dans la cause de *Trow & Gemley* (cour supérieure, M. L. R., 4 S. C., p. 92 ; cour d'appel, M. L. R., 5 Q. B., p. 186, et 21 R. L., p. 44 ; cour suprême, 18 S. C. R., p. 685). Il a été jugé que bien qu'un exécuteur, qui est nommé administrateur d'une succession pour un long terme d'années, puisse se substituer un procureur pour l'administration des affaires de cette succession, il est obligé de surveiller l'administration de ce procureur et ne saurait éviter la responsabilité de ses actes, s'il néglige de prendre les mesures nécessaires à cette fin ; que notamment il ne saurait échapper à la responsabilité des défalcations de son procureur en faisant voir que lors de sa nomination ce dernier jouissait de la confiance du public ; que l'immunité que l'article 1711 accorde au mandataire qui a été autorisé à se substituer quelqu'un dans l'exécution du mandat, ne s'applique pas dans le cas de l'exécuteur testamentaire ; que dans l'espèce l'exécuteur testamentaire avait agi négligemment en remettant à son procureur, à l'occasion de prêts qu'ils s'agissait de faire, des chèques à l'ordre de ce dernier, au lieu de les faire payables à l'ordre des emprunteurs, et en signant des actes sans se rendre compte suffisamment de leur contenu.

Dans la cause de *Benning & Rielle* (M. L. R., 6 Q. B., p. 365), la cour d'appel a confirmé un jugement de la cour supérieure qui avait condamné personnellement à payer des dommages des exécuteurs testamentaires qui s'étaient rendus coupables de diffamation dans la déclaration d'une action intentée par eux en leur qualité d'exécuteurs.

Quant à la garde des documents qui se rapportent à une succession, le juge Archibald, dans une cause de *Papineau* v. *Papineau* (R. J. Q., 10 C. S., p. 205), sur preuve que l'un des exécuteurs testamentaires ne gardait pas les documents, titres et papiers de la succession en lieu sûr, a ordonné qu'ils fussent déposés dans les voûtes d'une compagnie de dépôts, sujets au contrôle conjoint des deux exécuteurs.

En vertu des pouvoirs généraux que la loi lui confère, l'exécuteur testamentaire doit protéger le testament lorsque les héritiers ou légataires ou même des tiers tentent collusoirement de le faire annuler. A cet effet, l'article 919 porte que s'il y a contestation sur la validité du testament, l'exécuteur testamentaire peut se rendre partie pour la soutenir ; et cette disposition doit s'entendre tant de la validité du testament tout entier que d'un legs qu'il renferme (*a*). Ce n'est pas que l'exécuteur

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*. n° 628.

soit le représentant de la succession ou qu'il ait qualité pour plaider au nom des héritiers ; ces derniers seuls sont les représentants de la succession (*a*). Mais comme l'exécuteur testamentaire a pour mission de veiller à l'exécution du testament, il convenait de lui donner le droit d'intervenir dans une instance où l'on attaque ce testament, afin d'éviter que par collusion l'héritier ne le laisse annuler. Tel est le seul but de la disposition que j'ai citée. On ne pourrait donc pas poursuivre l'exécuteur testamentaire en nullité du testament : ne représentant pas la succession, il n'a pas qualité pour répondre à cette action. L'action doit être dirigée contre l'héritier lui-même, et l'exécuteur testamentaire peut intervenir dans l'instance, s'il le juge à propos, afin de soutenir le testament, mais là se borne son rôle (*b*). C'est ainsi qu'on doit entendre une décision du juge Larue, dans une cause de *Poitras* v. *Drolet* (R. J. Q., 12 C. S., p. 461), à l'effet que l'exécuteur testamentaire n'est que l'administrateur des biens de la succession, et n'a pas qualité pour lier contestation sur la légalité du testament, laquelle ne peut être débattue qu'avec les héritiers ou légataires du testateur.

VI. Le compte de la gestion de l'exécuteur testamentaire—Renvoi. —L'exécuteur testamentaire étant un mandataire, il s'ensuit qu'il est comptable de sa gestion. Il doit ce compte, dit l'article 918, lorsque ses fonctions ont pris fin. Il sera donc préférable d'expliquer cette obligation de l'exécuteur testamentaire dans le paragraphe qui suit, où il sera question des causes qui mettent fin à sa gestion.

§ V.—*De l'extinction de l'exécution testamentaire.— De l'obligation de rendre compte.*

Il y a lieu en notre droit de distinguer la charge d'exécuteur testamentaire et les pouvoirs de celui qui l'exerce. La charge peut durer encore, alors que celui qui l'exerçait est décédé ou a perdu ses pouvoirs. Il n'est question dans ce cas que de remplacer l'exécuteur, mais l'exécution dure toujours. Toutefois, j'envisagerai surtout ici les pouvoirs de l'exécuteur, car l'exécuteur qui s'en va doit rendre compte de sa gestion,

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, nº 2659.

(*b*) Ce serait plus simple pour le demandeur en nullité de mettre l'exécuteur testamentaire en cause.

et la responsabilité de celui qui le remplace ne compte que de son entrée en fonctions.

1° *De l'extinction des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire.*

Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, comme ceux du mandataire, prennent fin : 1° par sa mort ; 2° par sa renonciation ; 3° par sa destitution ; 4° par l'exécution complète du testament ou l'expiration du temps donné pour l'exécuter. J'expliquerai brièvement chacune de ces causes d'extinction (*a*).

I. La mort de l'exécuteur testamentaire.—Nous n'avons qu'à appliquer ici les principes qui régissent le mandat (art. 1755). D'ailleurs, comme la tutelle (art. 266), l'exécution testamentaire est une charge personnelle ; elle ne passe pas à la mort de l'exécuteur à ses héritiers, elle prend fin de plein droit, sauf aux intéressés à provoquer la nomination d'un remplaçant s'il y a lieu.

C'est du reste le principe que l'article 920 énonce en ces termes :

920. " Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ne passent " point par l'effet de la loi à ses héritiers ou autres successeurs, " qui sont cependant tenus de rendre compte de sa gestion, " ainsi que de ce qu'ils peuvent eux-mêmes avoir géré de " fait " (*b*).

On décide, en France, qu'il n'y a qu'à appliquer ici les règles du mandat (*c*). Donc, faisant l'application de l'article 1761, les héritiers et représentants légaux de l'exécuteur, qui connaissent l'exécution et ne sont pas dans l'impossibilité d'agir pour cause de minorité ou autrement, sont tenus de notifier le décès de l'exécuteur aux parties intéressés, et de faire dans les

---

(*a*) Je pourrais en indiquer d'autres, comme la perte de capacité chez l'exécuteur, le mariage de la femme qui, fille ou veuve, avait été nommée exécutrice, lorsque son mari refuse d'autoriser la continuation de la charge (art. 906). Ces deux causes pourraient être invoquées pour faire décréter la destitution de l'exécuteur.

(*b*) L'article 1032 du code Napoléon se contente de dire que les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ne passent point à ses héritiers, sans mentionner l'obligation de ceux-ci de rendre compte, obligation d'ailleurs qui n'est pas douteuse.

(*c*) Demolombe, n° 105 ; M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, t. 2, n° 2690.

affaires commencées tout ce qui est immédiatement nécessaire pour prévenir les pertes auxquelles les parties pourraient être exposées. Voy. aussi au même effet l'article 266 quant aux héritiers du tuteur décédé.

Lorsque le titulaire d'une charge a été, en cette qualité, nommé exécuteur testamentaire, sa mort, ainsi que je l'ai expliqué, *supra*, p. 449, ne met pas fin à l'exécution, ses fonctions passant à son successeur en charge. Mais les héritiers du titulaire décédé devront rendre compte de sa gestion.

II. La renonciation de l'exécuteur testamentaire.—Cette renonciation de l'exécuteur—et j'ai expliqué, *supra*, p. 443, quand elle peut avoir lieu—est une cause d'extinction de ses pouvoirs. Le renonçant, bien entendu, doit rendre compte de sa gestion.

III. De la destitution de l'exécuteur testamentaire.—C'est encore une cause qui met fin aux pouvoirs de l'exécuteur et qui l'oblige à rendre compte de son administration. Les héritiers, je l'ai dit, sont tenus de subir l'exécuteur que le testateur a nommé, mais cette obligation cesse lorsque cet exécuteur abuse de ses pouvoirs, dissipe ou dilapide les biens, ou refuse ou néglige d'agir dans l'intérêt de la succession. L'article 917 indique les causes de destitution en ces termes :

917. " Si, ayant accepté, l'exécuteur testamentaire refuse " ou néglige d'agir, s'il dissipe ou dilapide les biens ou exerce " autrement ses fonctions de manière à autoriser la destitution " dans le cas d'un tuteur, ou s'il est devenu incapable de rem- " plir sa charge, il peut être destitué par le tribunal compé- " tent " (*a*).

L'article 917 est indiqué, dans l'édition officielle du code civil, comme étant de droit nouveau, mais les codificateurs, au contraire, font remarquer qu'il est conforme à l'ancien droit, quoiqu'il y ait des doutes (*b*).

Notre article, outre les causes de destitution qu'il énumère, porte que l'exécuteur peut être destitué s'il exerce ses fonctions de manière à autoriser la destitution dans le cas d'un

(*a*) Il n'y a pas d'article semblable dans le code Napoléon, mais la plupart des auteurs admettent que la destitution de l'exécuteur peut être ordonnée par les tribunaux. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, nos 2696, 2697.

(*b*) Voy. aussi les remarques du juge Casault dans la cause de *Chouinard* v. *Chouinard*, 13 Q. L. R., p. 283.

tuteur. Or, aux termes des articles 284 et 285, le tuteur peut être privé de sa charge : 1° s'il est condamné à une peine infamante ; 2° s'il est d'une inconduite notoire ; 3° si sa gestion atteste l'incapacité ou l'infidélité. Malgré que l'article 917 ne parle que de la manière de remplir ses fonctions, je crois que les deux premières causes de destitution d'un tuteur pourraient être invoquées contre un exécuteur, car, dans chaque cas, il est indigne de confiance et doit être éloigné de toute charge qui repose avant tout sur la confiance que le testateur lui avait témoignée. Pendant l'instance, par application du principe de l'article 289, l'exécuteur conservera ses fonctions, s'il n'en est pas autrement ordonné par le tribunal.

L'insolvabilité de l'exécuteur testamentaire est-elle une cause de destitution ? J'ai dit plus haut, p. 449, que l'insolvable, ayant la capacité de s'obliger, peut être nommé exécuteur, mais qu'un grave désordre survenu, depuis le testament, dans les affaires de l'exécuteur, était, dans l'ancien droit, présumé, une cause d'exclusion lorsque le testateur n'en avait pas eu connaissance. Toutefois je ne crois pas que la pauvreté ou même l'insolvabilité de l'exécuteur testamentaire, en l'absence de preuve de mauvaise administration, d'incapacité ou d'infidélité, puisse justifier sa destitution. Nos tribunaux ont souvent refusé de prononcer la destitution d'un tuteur pour cause d'insolvabilité (*a*) et, aux termes de l'article 917, les causes de destitution de l'exécuteur sont les mêmes que dans le cas d'un tuteur. Il est vrai que le mandat se termine par la faillite du mandataire (art. 1755), mais il faut écarter cette règle en présence de la disposition différente de l'article 917. Je puis ajouter que le juge Langelier, dans une espèce très récente, *Lespérance* v. *Gingras* (*b*), a jugé que l'insolvabilité d'un exécuteur testamentaire n'est pas seule et par elle-même une cause de destitution, mais que le tribunal peut et même doit en tenir compte dans l'appréciation des actes d'incapacité et d'infidélité, de dissipation et de mauvaise administration qui lui sont reprochés.

L'article 917 dit que l'exécuteur peut être destitué par le *tribunal compétent*. Quel est ce tribunal ? Je dirai plus loin que l'action en reddition de compte doit être intentée devant le tribunal du domicile de l'exécuteur, et non pas devant celui de l'ouverture de la succession. C'est le même tribunal, à mon avis, qui doit prendre connaissance de la demande de destitution.

(*a*) Voy. les arrêts cités en mon tome 2, p. 193.

(*b*) A être rapportée dans le tome 15, R. J. Q., C. S. 31

Nous avons une jurisprudence assez abondante sur ces questions, mais tous ces arrêts, on le comprend, sont pour la plupart des arrêts d'espèce.

Dans une ancienne cause de *Mackintosh* v. *Dease* (2 L. C. R., p. 71), on a destitué un exécuteur dont la saisine avait été continuée au delà de l'an et jour, et qui était devenu insolvable et dissipait les fonds de la succession. Dans cette cause on a jugé que le tribunal ne pouvait nommer un séquestre.

Toutefois, dans une cause plus récente de *Brooke* & *Bloomfield* (23 L. C. J., p. 140, et 6 R. L., p. 533) la cour d'appel a décidé que, pendant l'instance en destitution, la cour peut nommer un séquestre, et cette décision ne me paraît souffrir aucun doute, car autrement l'exécuteur pourrait tout dissiper avant que sa destitution puisse être prononcée.

Dans la cause de *Howard* v. *Yule* (25 L. C, J., p. 229 ; 4 L. N., p. 126), le juge Rainville a jugé qu'un exécuteur testamentaire nommé avant le code civil, peut être destitué pour les causes mentionnées dans l'article 917 (*a*). Dans l'espèce, on reprochait à l'exécuteur d'avoir fait des prêts de deniers sans exiger aucune garantie de remboursement. Le tribunal a également ordonné qu'il fût nommé un séquestre pour veiller à l'administration des biens jusqu'à la nomination d'un autre exécuteur (*b*).

Dans la cause de *Devine* v. *Griffin* (25 L. C. J„ p. 249 ; 4 L. N., p. 61), le juge Jetté a jugé qu'un acte isolé de mauvaise administration ne suffit pas pour justifier la destitution d'un exécuteur testamentaire.

Cependant, la cour de revision, à Québec, dans la cause de *Seed* v. *Tait* (9 Q. L. R, p. 145), a privé de ses fonctions un exécuteur testamentaire qui avait refusé, à son coexécuteur, une part égale d'administration, qui avait appliqué le produit d'un chèque à d'autres fins que celles pour lesquelles ce coexécuteur l'avait signé, qui s'était payé, sans le consentement de l'autre exécuteur, ses réclamations contre la succession, et qui,

---

(*a*) Il y a d'autant moins de difficulté à accueillir cette décision que l'on doit regarder l'article 917 comme conforme à l'ancien droit. Voy. *supra*, p. 480.

(*b*) Dans cette même cause, le juge Rainville a jugé que les héritiers ou légataires ne peuvent pas, après plusieurs années, demander la destitution de l'exécuteur, pour le motif qu'il n'aurait pas fait un inventaire suivant la loi, mais se serait contenté d'un état des biens sous seing privé fait par le testateur lui-même quelque temps avant sa mort. Voy. M. L. R., 4 S. C., p. 454, où une partie de ce jugement est rapportée.

au surplus, avait témoigné de l'inimitié à l'égard du légataire universel.

La cour d'appel a également destitué un exécuteur qui, pour des motifs d'intérêt personnel, avait consenti un bail désavantageux pour la succession et qui, à plusieurs reprises, avait reçu des bonis sans en rendre compte : *Ross* & *Ross* (7 L. N., p. 65 ; confirmé par la cour suprême, *Cassels Digest*, p. 306).

Semblable jugement a été rendu par la cour d'appel, dans une espèce où il s'agissait d'exécuteurs qui avaient délégué l'administration dont ils étaient chargés à un tiers, lequel avait déposé les deniers de la succession à son compte et les avait subséquemment retirés, même sans preuve d'une intention frauduleuse ou de dissipation actuelle des deniers de la succession : *French* & *McGee* (M. L. R., 2 Q. B., p. 59).

Dans une cause de *Mitchell* & *Mitchell* (16 *Supreme Court Repts*, p. 722), la cour suprême a confirmé un jugement de la cour d'appel (M. L. R., 4 Q. B., p. 191 ; 17 R. L., p. 703), jugeant que le fait de l'existence d'un procès entre l'un des exécuteurs et la succession, surtout lorsqu'il y a d'autres exécuteurs testamentaires, et le fait qu'il se serait glissé des irrégularités dans l'administration de l'exécuteur non entachées toutefois d'incapacité et de malhonnêteté, ne suffit pas pour autoriser la destitution de cet exécuteur (*a*).

Dans une cause de *Chouinard* v. *Chouinard* (13 Q. L. R., p. 275), le juge Casault a jugé que des prêts amplement garantis faits, l'un à un légataire en usufruit pour lui permettre de faire un voyage que requérait sa santé et que lui prescrivaient ses médecins, et l'autre à la mère des légataires pour réparer une propriété appartenant à elle et à tous les légataires moins un, quoique de tels prêts ne constituassent pas l'emploi de deniers spécifié par le testament, ne sont pas, en l'absence de la preuve que ces deniers eussent pu être plus avantageusement placés de la manière voulue par le testateur, une cause de destitution.

Je puis ajouter que, dans une espèce où il s'agissait, il est vrai, de fiduciaires, mais le principe s'applique avec la même force à des exécuteurs, la cour d'appel a décidé qu'il ne suffit pas qu'il y ait des différences d'opinion parmi les fiduciaires, même lorsque le testament exige qu'ils soient unanimes dans toutes décisions concernant les biens de la succession, pour

(*a*) La cour d'appel avait infirmé la décision de la cour de revision destituant l'exécuteur. Voy. 15 R. L., p. 167 ; 31 L. C. J., p, 168 ; M. L. R., 3 S. C., p. 31.

autoriser le tribunal à destituer l'un d'eux au hasard, et que le concours constant de deux fiduciaires contre le troisième, sans une preuve qu'il a pour résultat de nuire aux intérêts de la succession, n'est pas une cause suffisante de destitution de l'un de ces deux fiduciaires : *Brunet & Brazier* (R. J. Q., 7 B. R., p. 166).

IV. L'exécution complète du testament, ou l'expiration du temps donné pour l'exécuter.—Lorsque le testament est complètement exécuté, le mandat de l'exécuteur prend tout naturellement fin, car il a rempli sa mission. Peu importe que ce moment arrive avant l'expiration de l'année de la saisine légale ; les pouvoirs et la saisine de l'exécuteur prendront fin dès que le testament est complètement exécuté (*a*).

L'expiration du temps accordé pour l'exécution est également une cause d'extinction des pouvoirs de l'exécuteur. Dans ce cas, l'exécution est continuée par l'héritier, tout comme si le testateur n'avait nommé aucun exécuteur testamentaire (art. 905).

Conformément à ce principe, le juge Casault a décidé, dans la cause de *Chouinard* v. *Chouinard* (13 Q. L. R., p. 275), que l'arrivée de l'événement indiqué par le testateur comme terme à l'exécution de son testament, y met fin, lors même que les exécuteurs n'ont pas pu compléter ce dont ils paraissaient avoir été chargés.

J'ai dit plus haut que le mandat de l'exécuteur testamentaire ne prend pas nécessairement fin avec la saisine légale mais qu'il peut durer encore malgré que l'exécuteur n'ait plus la saisine. Mais on comprend que dans ce cas les pouvoirs de l'exécuteur se trouveront fort restreints.

J'aurais pu ajouter l'annulation du testament aux causes d'extinction de l'exécution testamentaire, mais cette hypothèse ne saurait donner lieu à aucune difficulté, car le testament étant annulé le titre même de l'exécuteur se trouve détruit. Il rendra bien entendu compte aux héritiers de l'administration qu'il a pu exercer de fait.

2° *Du compte de l'exécuteur testamentaire.*

Le troisième alinéa de l'article 918 porte que " lorsque ses " fonctions ont cessé, l'exécuteur testamentaire doit rendre

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, t. 1er, n° 2693.

" compte à l'héritier ou au légataire qui recueillent la succes-
" sion, et leur payer ce qui lui reste entre les mains " (*a*).

Que l'exécuteur soit comptable de sa gestion, rien de plus clair. Il est administrateur, mandataire, et tout administrateur ou mandataire doit rendre compte de l'affaire qu'il a gérée.

Mais, ici encore, la loi laisse pleine liberté au testateur. Il peut modifier cette obligation ou même en dispenser entièrement l'exécuteur et lui permettre de garder les deniers qu'il a en mains. C'est ce que l'article 916 énonce en ces termes :

916. " Le testateur peut limiter l'obligation qu'a l'exécuteur
" testamentaire de faire inventaire et de rendre un compte de
" l'exercice de sa charge, ou même l'en dispenser entièrement.

" Cette décharge n'emporte pas celle de payer ce qui lui
" reste entre les mains, à moins que le testateur n'ait voulu
" lui remettre la disposition des biens sans responsabilité, le
" constituer légataire, ou que les termes du testament ne com-
" portent autrement la décharge de payer " (*b*).

La doctrine de notre droit est donc celle-ci :—

En principe, l'exécuteur testamentaire, comme tout administrateur ou mandataire, doit, lorsque ses fonctions ont cessé, rendre compte de sa gestion à l'héritier ou au légataire qui recueille la succession, et lui payer ce qui lui reste entre les mains. Cependant le testateur peut limiter cette obligation de rendre compte, ou même en dispenser entièrement. Toutefois, l'exemption de rendre compte n'emporte pas comme conséquence la dispense de payer ce qui reste entre les mains de l'exécuteur, à moins que le testateur n'ait remis à l'exécuteur la disposition des biens sans responsabilité, qu'il ne l'ait constitué légataire, ou, ajoute l'article 916 " que les termes du tes-
" tament ne comportent autrement la décharge de payer." Je ne vois pas, cependant, comment le testament pourrait comporter autrement la décharge de payer, car si l'exécuteur est

(*a*) Aux termes de l'article 1031 du code Napoléon, les exécuteurs rendent compte à l'expiration de l'année du décès du testateur, mais on entend par là l'année de la saisine. Le texte de notre article est mieux approprié au système de notre droit qui permet l'extension de la saisine.

(*b*) Il n'y a pas d'article semblable au code Napoléon, et la plupart des auteurs sont d'avis que le testateur ne peut dispenser ses exécuteurs de l'obligation de rendre compte. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, ouvrage cité, nº 2671.

Les codificateurs font observer, sous l'article 916, que Pothier paraît être contre la dispense de faire inventaire, mais que notre loi actuelle des testaments enlève tout doute. Voy., *supra*, p. 468.

dispensé de payer ce qui lui reste entre les mains, c'est que le testateur lui a permis de garder ce montant, ou, en d'autres termes, qu'il le lui a légué. Si l'exécuteur n'est pas légataire des sommes qui lui restent entre les mains, il n'a pas le droit de les garder, quand même il aurait été dispensé de faire inventaire ou de rendre compte. Que le testateur dise à son exécuteur : " je vous dispense de faire inventaire et de rendre compte, vous payerez $5,000 à mon fils et un égal montant à ma fille, et, quant aux deniers qui vous resteront entre les mains après avoir acquitté ces legs, je vous autorise à les garder vous-même, sans que mes héritiers puissent vous en demander le paiement." Il y a là assurément un legs du résidu de la succession ; c'est tout comme si le testateur avait dit : " vous remettrez à mes héritiers légaux les deniers qui vous resteront entre les mains *si vous voulez*." Il aurait imposé à son exécuteur une obligation purement facultative, et, partant, inexistante en loi. Qui pourrait nier qu'il y ait là un véritable legs en faveur de l'exécuteur testamentaire (*a*) ?

Mais ce sont là, on le comprend, des dispositions exceptionnelles, et, par conséquent, fort rares dans la pratique. Revenons à la règle générale qui veut que le testateur soit comptable de sa gestion.

L'exécuteur doit donc rendre compte. A qui ? L'article 918 répond : " à l'héritier ou au légataire qui recueillent la succession." Je puis ajouter : ou au curateur à la succession vacante, quand l'héritier ou le légataire l'a répudiée (*b*). L'exécuteur testamentaire est le mandataire du testateur, et il est logique qu'il rende compte de ce mandat au représentant du testateur et au continuateur de sa personne juridique.

Doit-il rendre compte à un légataire qui ne recueille qu'une partie de la succession, comme le légataire à titre universel, à un légataire particulier ou aux créanciers héréditaires ?

La loi ne l'y oblige pas, et ces personnes, ne représentant pas le défunt, n'ont pas qualité pour demander à l'exécuteur compte du mandat que le testateur lui avait confié. Mais si elles se trouvent, à raison de leur legs ou de leur titre de créance, créanciers de l'héritier ou du légataire universel, et que ce dernier néglige d'intenter l'action en reddition de compte contre l'exécuteur, elles pourront, par application de l'article 1031, demander que l'exécuteur rende compte à l'hé-

(*a*) Comp. Demolombe, nº 118.

(*b*) Comp. Pandectes françaises, *Donations et testaments*, nº 10,074.

ritier ou au légataire universel. C'est ce que le juge Pagnuelo a jugé dans la cause de *Perrault* v. *Masson* (R. J. Q., 15 C. S., p. 166).

L'action en reddition de compte et les formalités de ce compte lui-même sont régies par les articles 566 et suiv. du code de procédure civile. Mais quel est le tribunal compétent pour connaître de la demande ? Est-ce celui du lieu de l'ouverture de la succession ou celui du domicile de l'exécuteur ? La raison de douter, c'est que l'article 102 C. P. C. dit que " dans les matières de succession, l'assignation est donnée " devant le tribunal du lieu de l'ouverture de cette succession, " si elle s'ouvre en cette province." Les auteurs français qui commentent un texte analogue à celui de notre article, sont presque également divisés sur cette question (*a*).

Toutefois j'opinerais pour la compétence du tribunal du domicile de l'exécuteur, et cela d'autant plus que cette décision peut s'autoriser des termes de l'article 2 du tit. 29 de l'ordonnance de 1667. Voy. aussi Furgole, ch. 10, sec. 4, nº 58, t. 4, p. 169. Je n'insiste pas car la question se rattache à la procédure plutôt qu'au droit civil.

Les arrêts abondent sur cette obligation de l'exécuteur testamentaire de rendre compte de sa gestion.

La cour d'appel a décidé, dans la cause de *McPhee & Woodbridge* (16 L. C. R , p. 157), que le légataire ne peut demander une somme spécifique à l'exécuteur, mais que son recours est en reddition de compte, et que l'action doit être dirigée contre tous les exécuteurs quand il y en a plusieurs (*b*).

Dans la cause de *Bossé & Hamel* (3 R. C., p. 43), la même cour a renvoyé une action en reddition de compte dirigée par l'héritier légal contre l'exécuteur, pour le motif que toute la succession avait été léguée en usufruit à un tiers à qui délivrance du legs avait été faite avec la sanction de l'héritier.

Dans la cause de *Darling & Brown* (1 S. C. R., p. 360 ; 21 L. C. J., p. 169), la cour suprême paraît avoir jugé que cette action en reddition de compte ne se prescrit que par trente ans.

La cour de revision, à Québec, a décidé, dans la cause de *Quinn* v. *Fraser* (10 Q. L. R., p. 320), que quoique l'exécuteur testamentaire ne doive un compte que lorsque ses fonctions ont cessé, cependant, lorsqu'il s'est mis en possession de tous les biens du testateur, et que ses pouvoirs sont continués pen-

(*a*) Comp. Pandectes françaises, *eod. ver.* nos 10,075, 10,076.

(*b*) Voy. dans ce sens, la cause de *Davidson & Cream*, *infra*, p. 488.

dant un long espace de temps, il doit fournir aux héritiers et légataires, à leur demande et à leurs frais, des états de compte et leur permettre l'examen des pièces justificatives, mais que, s'il est poursuivi, sans demande préalable à cet effet, il ne doit pas de frais ; que l'exécuteur testamentaire qui a été nommé en remplacement d'un autre ne doit pas un compte de l'administration de son prédécesseur, et que ce compte ne peut être exigé que de ce prédécesseur ou de ses héritiers ou successeurs.

La cour d'appel a jugé, dans la cause de *Taché* & *Taché* (14 R. L., p. 257), que les exécuteurs testamentaires seuls, et non pas les légataires universels, sont comptables envers les légataires à titre universel.

Dans la cause de *Mayer* v. *Léveillé* (M. L. R., 3 C. S., p. 190), le juge Papineau a décidé que l'exécuteur, comme tout autre comptable, peut faire son compte sous seing privé, en brevet, ou portant minute devant notaire, à son choix, et en charger le coût dans son compte.

Dans la cause de *Newton* & *Seale* (M. L. R., 4 Q. B., p. 158), la cour d'appel a jugé que lorsque tous les légataires ont accordé une décharge à l'exécuteur, l'un de ces légataires ne peut intenter une action en reddition de compte contre l'exécuteur sans demander l'annulation de l'acte de décharge.

Dans la cause de *Contant* v. *Mercier* (20 R. L. p. 379), le juge Jetté a décidé que lorsque le testateur a chargé son exécuteur testamentaire de distribuer ses biens à ses parents les plus pauvres et les plus en besoin, s'en rapportant à lui pour cette distribution, l'exécuteur est tenu de rendre compte de l'administration de cette succession aux parents qu'il a ainsi choisis pour recevoir les biens (*a*).

Le juge Lynch a jugé, dans la cause de *Hogle* v. *Hogle* (1 R. de L., p. 188), que depuis le statut 22 Vic., ch. 6, S. R. B. C., ch. 91, les tribunaux de cette province peuvent condamner à rendre compte ici les exécuteurs de testaments faits à l'étranger.

Enfin, dans une cause de *Davidson* & *Cream* (R. J. Q., 6 B. R., p. 34), la cour d'appel a jugé qu'à défaut de compte

---

(*a*) Après que l'exécuteur testamentaire dans cette espèce eût rendu compte, le juge Mathieu a jugé qu'il pouvait lui être ordonné de faire cette distribution dans un certain délai, et que, faute par lui de ce faire, la distribution se ferait sous l'autorité de la cour.

Voy., quant à une telle clause dans un testament, la décision de la cour suprême dans la cause de *Ross* & *Ross*, 25 *Supreme Court Repts*, p. 307.

rendu par les exécuteurs testamentaires, les héritiers n'ont aucun recours contre eux en recouvrement de sommes qu'ils prétendent être le reliquat de la succession ; que c'est par action en reddition de compte qu'ils sont tenus de procéder, et que cette demande doit s'étendre à toute l'administration que les exécuteurs ont eue de la succession et ne peut être restreinte à des actes particuliers ou isolés ; que dans une demande d'envoi en possession d'une succession testamentaire dirigée contre un exécuteur qui en a eu l'administration, il faut que tous les héritiers se portent parties demanderesses, et que le défaut de l'un d'eux de se joindre aux autres est fatal, le défendeur n'étant pas tenu de les mettre en cause ; que cette demande, lorsqu'il y a deux exécuteurs, ne peut être faite contre l'un d'eux seulement, même avec l'autorisation extrajudiciaire de l'autre, mais que l'action doit être portée contre les deux exécuteurs conjointement. Cette décision a été confirmée par la cour suprême (27 *Supreme Court Repts*, p. 362).

3° *De la responsabilité de l'exécuteur testamentaire.*

On ne saurait douter que l'exécuteur testamentaire ne soit responsable de sa gestion. C'est même à cause de cette responsabilité que la loi exige qu'il soit capable de s'obliger. Il n'y a qu'à appliquer les principes qui régissent la responsabilité du mandataire (art. 1709 et suiv.). Aussi, c'est au titre *Du mandat* que je devrai traiter cette question, au sujet de laquelle, sauf quant aux exécuteurs conjoints, le code n'a dans cette section posé aucune règle spéciale.

NOTES SUPPLÉMENTAIRES

Prohibitions de l'édit des secondes noces.

J'ai dit, *supra*, p. 24, que les prohibitions de l'édit des secondes noces avaient été abrogées dès avant le code quant aux testaments, par suite de la concession de la liberté de tester. C'est ce que la cour de revision à Montréal a jugé dans une cause récente de *Perrier* v. *Palin* (R. J. Q., 14 C. S., p. 332), confirmant en cela un jugement fort bien motivé du juge Curran. On trouvera au rapport de cette cause l'exposé de toute la question.

Acceptation des donations faites à des enfants nés et à naître.

J'ai dit, en rapportant la disposition de l'article 772, que la donation peut être faite par contrat de mariage aux enfants à naître du mariage, et il est hors de doute que l'on pourrait gratifier en même temps, conjointement avec les enfants à naître, ceux que le conjoint aurait eus d'un mariage précédent. On peut également, même hors d'un contrat de mariage, donner à des enfants à naître, en les substituant au premier donataire. Notre code ne reconnaît pas d'autres modes de donner entre vifs à des enfants à naître.

Dans le cas d'une donation faite par contrat de mariage, l'acceptation se présume tant à l'égard des époux que des enfants à naître (art. 788). Il ne peut donc être question de défaut d'acceptation dans ce cas. Lorsqu'il s'agit d'une substitution faite par une donation entre vifs ordinaire en faveur d'enfants à naître, il doit y avoir acceptation, mais la loi présume très facilement cette acceptation, puisque celle du grevé suffit pour les appelés, s'ils se prévalent ensuite de cette acceptation (art. 933). Et quant à la donation faite à des enfants nés et à naître, l'acceptation de ceux qui sont nés ou pour eux par une personne capable d'accepter, comporte acceptation des enfants à naître s'ils s'en prévalent.

C'est la disposition de l'article 790 que j'ai omis par inadvertance dans le chapitre *Des donations*.

790. " Dans les donations entre vifs aux enfants nés et à

" naître, dans les cas où elles peuvent être faites, l'acceptation " par ceux qui sont nés, ou pour eux par une personne capable " d'accepter, vaut pour ceux qui ne sont pas nés, s'ils s'en " prévalent."

Le principe de cet article n'a jamais été douteux dans notre droit.

Pacte sur succession future.—Donation de la chose d'autrui.

J'ai dit, p. 100, que la donation de biens que le donateur est appelé à recueillir en qualité d'héritier présomptif d'une personne encore vivante, est nulle comme renfermant implicitement un pacte sur une succession future. La cour d'appel a affirmé ce principe dans la cause de *Desjardins & Roy* (R. J. Q., 7 B. R., p. 325), jugeant que l'article 773 — qui porte que la donation de la chose d'autrui, nulle en principe, est cependant valide si le donateur en devient ensuite propriétaire—est subordonnée à la règle d'ordre public formulée par les articles 658 et 1061, prohibant les pactes sur succession future. Elle a également décidé qu'une convention de cette nature, étant radicalement nulle, ne peut donner lieu à garantie, mais qu'un contrat qui contient en même temps un pacte sur une succession future et une disposition de biens présents et qui peut se diviser, est valide quant aux biens présents.

FIN DU TOME QUATRIÈME

TABLE DES ARTICLES

DU

CODE CIVIL

AVEC

Indication des pages de ce volume où chaque article est expliqué.

CODE CIVIL

TABLE

ANALYTIQUE ET ALPHABÉTIQUE
